الآراء الفقهية

قسم البيع (٣)

الجزء السادس

تأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي النجفي

الآراء الفقهية

قسم البيع (٣)

الجزء السادس

تأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي النجفي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم
الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين
واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين
أما بعد فقد قال الله تعالى في كتابه الكريم (فلولا نفر
من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا
قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون) وقد دلت هذه
الآية الكريمة على شدة الاهتمام بالتفقه في الدين
وقد حاول الفقهاء العظام التجاوب لهذا الطلب المؤكد
في الآية الكريمة وقد لاحظت الجزء الخامس الذي
حرره العلامة آية الله الشيخ هادي النجفي دامت بركاته
من كتابه الشريف الآراء الفقهية ووجدته مستقصيا
لآراء الفقهاء العظام وقد استفدت منه في ذلك ونعم ما صنع
وأسئله تعالى أن يوفقه لإدامة هذا السفر الجليل وأن لا
ينساني من الدعاء الجميل وأقول الحمد لله على ما أنعم وله
الشكر على ما ألهم والسلام على جميع إخواننا المؤمنين
ورحمة الله وبركاته الأحقر السيد محمد مهدي الموسوي الخلخالي
المشهد الرضوي ٢٧ جمادى الأولى ١٤٢٤

محمد مهدي الموسوي

١٨ / ١ / ١٣٩٢

تقريظ آية‌الله العظمى السيّد محمّدمهدي الموسوي الخلخالي ـ مدظله العالي ـ
صاحب فقه الشيعة واصول فقه الشيعة نزيل المشهد المقدّس الرضوي

تقريظ فضيلة العلّامة المحقّق الحجّة
السيّد عبدالسّتار الحسني البغدادي ـ دام ظلّه ـ

تأريخُ وَضْعِ (اللَّمساتِ ٱلأَخِيْرَةِ) علىٰ الجُزْءِ السادسِ مِنْ كِتابِ «الآراء ٱلفِقْهِيَّةِ» لِمُنَضِّدِ عُقُوْدِه وناظِمِ فَرائِدِ دُرَرِهِ في نَفائِسِ سُمُوْطِهِ، سَماحَةِ آيَةِ ٱللهِ الفَقيهِ ٱلمحَقِّق، النَّظّارِ ٱلطُّلَعَةِ مولانا الحاجِّ الشّيْخِ ٱلْهادي مِنْ آلِ أبي ٱلمَجْدِ ٱلنَّجَفي، دامَ ظِلُّهُ، وَعَمَّ فَضْلُهُ.

حَضَرَتْنِي هٰذِهِ الأَبياتُ وَوَزْنُها مِنَ (الطَّوِيل) ساعَةَ ٱنْتِهائي مِنْ مُطالَعةِ مَخْطُوْطَةِ الكِتابِ المذكورِ، فَأَرْجُوَ مِن سَماحةِ شيخِنا المُعَظّمِ قَبُوْلَها على عِلّاتِها.

بِسِفْرِكَ هذا خُضْتَ في كُلِّ لُجَّةٍ ... مِنَ ٱلْفِقْهِ، فِيْها غَيْرُ ذِيْ ٱلعِلْمِ يَغْرَقُ
وَناقَشْتَ (آراءَ) ٱلْأَعاظِمِ سالِكاً ... سَبِيْلَ هُدىً، ما فِيْهِ لِلرَّأْيِ مَزْلَقُ
وَذا (سادِسُ ٱلْأَجْزاءِ) وافىٰ بِحُلَّةٍ ... عَلَيْها مِنَ ٱلبَحْثِ ٱلْمُؤَصَّلِ رَوْنَقُ
فَقُلْ: هُوَ بَحْرٌ بِـ(ٱلْجَواهِرِ) مَدُّهُ ٱلـ ... مَدِيْدُ عَلىٰ طُوْلِ ٱلْمَدىٰ يَتَدَفَّقُ
وَكَيْفَ عَنِ (ٱلْهادِيْ) تَنِدُّ شَوارِدٌ ... وَتُفْلِتُ عَنْ (تَقْيِيْدِ) مَنْ لَيْسَ يُسْبَقُ
سَلِيْلِ أَبِيْ ٱلْمَجْدِ ٱلَّذِي طابَ أَصْلُهُ ... كَما طابَ فَرْعٌ ـ مَنْهُ ـ بِالْفَخْرِ مُعْرِقُ
وَهَلْ يَرِثُ ٱلْآسادَ غَيْرُ شُبُوْلِها ... كَما يَقْتَفِيْ آثارَ مَنْ راحَ مَنْ بَقُوْا
أَجَلْ، ذاكَ خِرِّيْتُ ٱلْفَقاهَةِ، جامِعُ ٱلـ ... فَضائِلِ طَرّاً، وٱلْفَقِيْهُ ٱلْمُحَقِّقُ
فَبُوْرِكَ سِفْرٌ حَرَّرَتْهُ يَراعَةٌ ... نَدىٰ نِقْسِها[1] مِنْهُ ٱلْمَعارِفُ تَغْدَقُ
يَراعَةُ (هادِيْ) ٱلْفَضْلِ فارِسِ حَلْبَةِ ٱلـ ... مَآثِرِ، مَنْ في عَزْمِهِ لَيْسَ يُلْحَقُ
وَمُذْ تَمّ خاطَبْتُ ٱلْمُصَنِّفَ دَاعِياً ... لَهُ ٱللهَ أَنْ يَرْعاهُ وَهْوَ مُوَفَّقُ
وفي مُنتهىٰ ٱلتَّوْضِيْح[2] قَلْتُ مُؤَرِّخاً: ... (كِتابُكَ هذا بالدَّلائِلِ يَنْطِقُ)
(٨) ... (٤٤٣) (٧٠٦) (١٠٨) (١٦٩)

---

(١) النِقْسُ: الحِبر، المِداد.

(٢) في عبارة: «وفي مُنْتَهى التوضيحِ» توريَةٌ بِدُخولِ (ألحاء) وقيْمَتُها في حِساب الجُمَّلِ (٨) في مادَّةِ التاريخ، وَبِها يَتِمُّ ٱلْمَقْصُوْد.

وَصْلٌ:

القول في المجيز

استقصاؤه يتمّ ببيان أُمورٍ:

الأوّل: شرائط المجيز

قال الشيخ الأعظم: «يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التـصرف بالبلوغ والعقل والرشد، ولو أجاز المريض بُني نفوذها على نفوذ منجّزات المريض، ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل»(١).

أقول: يعيتبر في المجيز ـ حال إجازته، لا حال العقد ـ أن يكون بالغاً وعاقلاً ـ أي لا يكون مجنوناً ـ ورشيداً ـ وهو الذي يعرف مصلحته من مفسدته ويقبض في مقابل ماله ما يساوي ماله ـ وجائزَ التصرف بعدم كونه مفلَّساً أو راهناً، فحينئذ لو أجاز المفلَّس أو الراهن بيع ماله المتعلَّق به حقّ الغرماء أو المرتهن لم تنفذ إجازته لعدم كونه جائز التصرف في ماله.

وأمّا التصرّفات المالية الزائدة على ثلث أموال المريض الذي مات في ذاك المرض فإنّها لا تكون نافذة إذا كانت مجّانيّةً وتبرّعيّةً كالعتق والهبة والصدقة والوقف، والصلح والإجازة المحاباتيتين أو بعوض أقل، وأبراء الدين وشراء من يـنعتق عـليه ونـحوها، وتحسب على ثلثه ومازاده يحتاج إلى إذن الورثة، وأمّا إذا كانت على نحو التسبيبيات كإتلاف مال الغير والجنايه عليه بما يوجب الأرش أو الدية أو ما يوجب الكفارة فتكون نافذة من أصل المال لا من ثلثه.

ثمّ العقود المعاوضية هل تلحق بالقسم الإول في عدم النفوذ والاحـتساب مـن الثلث أو أنّها تلحق بالقسم الثاني في النفوذ والاحتساب من أصل المال، الظاهر أنّها تلحق

---

(١) المكاسب ٣/٤٣١.

بالقسم الثاني.

ثمّ إنَّ الشيخَ الأعظمَ لا يرى فرقاً في جميع ما ذكرناه في توضيح كلامه بين قولي النقل والكشف، لأنّه يرى الإجازة تصرفاً مالِيّاً وهو مشروط بهذه الشرائط.

قوله‌ﷺ بناءً على النقل واضح وأمّا بناءً على الكشف فلا يتم انتساب العقد إلى المالك إلّا بعد الإجازة فهي تعدّ تصرّفاً ماليّاً حقيقةً، لا العقد الذي إذا لم تلحقه الإجازة فإنّهُ يعدّ هباءً منثوراً ويكون كتنظيم سند المعاملة وقبالتها وورقتها من دون إمضاء المالك بحيث ليس له قيمة من دون امضائه.[١]

ومن هنا يظهر عدم تماميه اعتراض الفقيه السيّد اليزدي عليه بقوله: «يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضى إجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع في حال صحته بدعوى أنّه محجور من التصرفات في ماله حال المرض بمازاد على الثلث، والإجازة ليست منها، بل هي شرط لنفوذ التصرفات فهي نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة كالوقف والصرف والسَّلَم...»[٢].

وبعبارة أُخرى يمكن أن يقال في جواب اعتراضه: إنّ المجيز حتّىٰ على القول بالكشف لابدّ له من أهلية الإجازة وصحة العقد تتوقف على تعقّبه بالإجازة لكن ليس مطلق الإجازة بل ممّن له أهلية إصدارها.[٣]

---

(١) راجع تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ١٨/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٢١٨/٢.

(٣) راجع العقد النضيد ٣٦٠/٣.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيزٍ حين العقد؟

يقع البحث في ضمن جهات:

الجهة الأُولىٰ: سير المسألة في كلمات الفقهاء

قال العلّامة في القواعد: «والأقرب اشتراط كون العقد له مجيزاً في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز...»[1].

وقال في ذيله الفقيه العاملي: «هذا شرط شرطه أبوحنيفة[2] وقال الشهيد[3] وابن المتوّج ـ على ما نقل عنه ـ والفاضل المقداد[4] والمحقّق الثاني في الشرح[5] إنّه لا يشترط.

واستشكل [العلّامة] في نهاية الإحكام[6]، ولم يرجّح [ولده] في الإيضاح[7] كتعليق الإرشاد[8] [للمحقّق الثاني].

وإن جعلنا الاشكال الآتي في كلام المصنف راجعاً إلى اشتراط أن يكون للعقد مجيز في الحال كما ستسمعه كان المصنف [العلّامة] متردّداً ويكون المعنىٰ أنّه أقرب على إشكال، فليتأمّل»[9].

---

(١) القواعد ١٩/٢.

(٢) المجموع، ٢٦١/٩.

(٣) الدروس ١٩٣/٣.

(٤) التنقيح الرائع، ٢٦/٢.

(٥) جامع المقاصد ٧٣/٤.

(٦) نهاية الإحكام، ٤٧٦/٢.

(٧) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٨) حاشية إرشاد الأذهان ٣٣٧/٩ المطبوعة في ضِمْنِ حياة المحقّق الكركي وآثاره.

(٩) مفتاح الكرامة ٦٢١/١٢.

أقول: ومن القائلين بعدم الاشتراط: الشيخ جعفر[١] وتلميذاه جدّي الشيخ محمّدتقي[٢] والفقيه العاملي[٣]، وصاحب الجواهر[٤] والشيخ الأعظم[٥].

نسب العلّامة هذا الاشتراط إلى أبي‌حنيفة في تذكرة الفقهاء وقال: «شرط أبوحنيفة للوقف[٦] أن يكون للعقد مُجيزٌ في الحال، فلو باع مالَ الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مالَ غيره ثم ملكه وأجاز. وهو قولٌ للشافعية تفريعاً على القديم[٧]»[٨].

وقال فيها: «شرط الوقف عند أبي‌حنيفة أن يكون للعقد مجيزٌ في الحال سواء كان مالكاً أو لا، حتّى لو أعتق عن الطفل أو طلّق امرأته لا يتوقّف على إجازته بعد البلوغ. والمعتبر إجازة مَنْ يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز.

والمعتمد: أنّ الطلاق لا يقع موقوفاً»[٩].

وقال تلميذه وابن اخته السيّد عميدالدين الأعرجي في بيان وجه الاشتراط: «وإلّا أدّىٰ إلى حصول الضرر على المشتري كما إذا باع الفضولي مال الطفل عليه لا متناعه من التصرف فيه وفي الثمن جميعاً إلى حين بلوغ الطفل، فإنّه مع تصرفه في المبيع

---

(١) شرح القواعد ٩٢/٢.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

(٣) راجع مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢ و ٦٢٣.

(٤) الجواهر ٤٨١/٢٣ (٢٩٩/٢٢).

(٥) المكاسب ٤٣٢/٣.

(٦) مراده من الوقف: توقُّف صحّة تصرف الفضولي على الإجازة.

(٧) قوله: «تفريعاً علىٰ القديم»، إشارةٌ إلى إنّ الشافعيّ كان له في فقهه مَسْلَكان الأوّل عند ما كان في العراق، والثاني عند ما حَلّ في مِصْرَ حيث خالف فيها رأيه الأوّل في كثير من المسائل ولكلٍّ من مَذْهبيهِ القديم والجديد رُواةٌ معروفون فمِنْ رُواة مذهبه القديم الحسن بن الصباح الزّعفراني في بغداد ومن رواة الجديد المُزَني في مِصْرَ.

(٨) تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

(٩) تذكرة الفقهاء ٢١٩/١٠.

يمكن أن يفسخ عند بلوغه، فيتبيّن بطلان البيع وعدم انتقاله إلى المشتري، ومع تصرفه في الثمن يمكن أن يجيزه ويكون الثمن ملكاً للطفل فيمنع منهما وهو ضررٌ عظيمٌ منفيٌّ بقوله ﷺ: لا ضرر ولا إضرار»(١).

وقال نجله فخر المحقّقين: «هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولي في الحال يحتمل ذلك ويبتني على مقدمات:

(أ): معنى صحة بيع الفضولي قبل الإجازة إمكان ترتب أثره عليه إمكاناً قريباً بمعنىً أقرب المراتب من مراتب الإمكان الاستعدادي لأنّه عبارة عن اجتماع الشرائط فإذا بقي من شرائط بيع الفضولي شرط واحد وهو إجازة المالك أو وليّه وكان حصولهما ممكناً إمكاناً قريباً أيضاً حكم بصحة بيع الفضولي أو صلاحيته لأنّ يترتّب عليه الأثر حال وقوعه.

(ب): كلُّ آنٍ يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط فيه.

(ج): البيع إذا بطل في وقت بطل دائماً فحال عدم المجيز يمتنع ترتّب أثره ولا يصح لترتّب الأثر عليه فلا يحصل معنى الصحة بل معنى البطلان، وإذا بطل لم يمكن أن يترتّب صحته.

ويحتمل عدم الاشتراط، لأنّه لا يشترط اقتران الإجازة بالعقد بل يجوز تأخيرها زماناً طويلاً فلا يسلِّم اشتراط استعداد القريب.

واعلم إنّ هذا الفرع يتأتىٰ على مذهب الأشاعرة، وأمّا على قولنا ففي صورة واحدة وهي بيع مال الطفل على خلاف المصلحة أو الشراء له»(٢).

نقل السيّد العاملي عن الشهيد في حواشيه: «إنّ بعض الجمهور اعترض على المصنف في هذه المسألة بسقوطها على مذهبه، لأنّه يعتقد وجود الإمام عليه السلام في كلِّ زمان وهو وليّ من لا وليّ له، فأجاب بأنّه أراد مجيزاً في الحال يمكن الاطلاع على إجازته،

(١) كنز الفوائد ١/ ٣٨٥.

(٢) إيضاح الفوائد ١/٤١٨ و ٤١٩.

وتتعذّر إجازة الإمامعليه السلام لاستتاره عن الناس»[١].

ويذْكُرُ الشيخ الأعظم[٢] أنّ المعترض هو القاضي البيضاوي الشافِعِيُّ صاحب أنوار التنزيل في التفسير ـ على ما قيل ـ.

وقال المحقّق الثاني: «وجه القرب: أنّه مع عدم من له أهلية الإجازة تكون صحة العقد ممتنعة في الحال، وإذا امتنعت في زمان ما امتنعت دائماً، لأنّ بطلان في زمان يقتضي بطلانه دائماً، ولما فيه من الضرر على المشتري، لامتناع تصرّفه في العين ـ لإمكان عدم الإجازة ولعدم تحقّق المقتضي ـ وفي الثمن لإمكان الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

وإنّما يتصوّر ذلك عندنا: إذا تصرّف للطفل على خلاف المصلحة، وأمّا عند الأشاعرة فتصوّره ظاهر.

ويضعّف بانتقاضه ممّن كان بعيداً، يمتنع إليه الوصول عادة إلّا في زمان طويل. والظاهر عدم الاشتراط، لعموم الدليل الدال على صحة الفضولي من غير فرق، فإنّ عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يتناوله»[٣].

وقال في حاشية إرشاده: «وهل يُشترط أن يكون للعقد مجيزٌ في الحال، بحيث لو باع مال الطفل لم يصحّ إذا لم يكن له ولي؟ يحتمل ذلك.

قال الشيخ فخرالدين ولد المصنف رحمهما الله: «واعلم أنّ هذا الفرع يتأتي على مذهب الأشاعرة، أمّا على قولنا ففي صورة واحدة، وهي بيع مال الطفل على خلاف المصلحة أو الشراء له». وقد نبّه على ذلك بأنّ الإمام موجود في كلِّ زمان عندنا وهو وليّ مَنْ لاولي له»[٤].

---

(١) الحاشية النجارية /٢٢٢ ونقل عنه مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢ مع توضيح، وإلّا عبارة الشهيد هكذا: «وبها ينتقض عليه مذهبه، ذكره بعض الشافعية».

(٢) المكاسب ٤٣٢/٣.

(٣) جامع المقاصد ٧٢/٤.

(٤) حاشية إرشاد الأذهان /٣٣٧، المطبوعة في ضِمْنِ الُمجلّدِ التاسع من حياة المحقّق الكركي

وقال الشهيد الثاني في فوائد القواعد: «المناسب التفريع على الأقرب أن يحكم بعدم النفوذ بغير إشكال ولكن نقل ولد المصنف‏ عنه أنّه إذا قال في المسألة: «على إشكال يكون حكماً بما ذكر قبل الإشكال وفائدته التنبيه على الخلاف، بخلاف ما لو قال: «فيه اشكال» ونحوه وهذا هو الظاهر من العبارتين، فعلى هذا لا تنافي بين الحكم السابق والتفريع، لكنّه يستغني عن إعادة ماينبّه على الخلاف، والأمر فيه أسهل»[١].

الجهة الثانية: وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد

الأوّل: عدم ذات المجيز وفقد ذاتٍ من شأنها الإجازة للعقد.

وهذا الوجه غير متحقّق على مذهبنا، إذ لا يتصور ملك بلا مالك يجيز العقد لأنّ الأمام‏ موجود في كلّ عصرٍ وهو الولي على الإطلاق فهذا الوجه غير مُتَصَوَّرٍ على مذهبنا.

بل لا يتم على مذهب العامة أيضاً لأنّهم يَرَوْنَ الخلفاء أُولياءً على جميع الأُمور ومنها الأموال.

الثاني: عدم وجود المجيز بوصف التمكن من الإجازة وإن كانت ذاته متحقّقة إلّا أنّه حين المعاملة غير حاضر ولا يتمكّن من الوصول إليه كما لَوْ كان المالك أو وليّه غائباً، أو الإمام‏ كان في ستر الغيبة كما في زماننا هذا.

وهذا الوجه وإن كان متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره.

الثالث: تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة لكنّه مَمْنُوْعٌ شرعاً من الإجازة والتصرف في الأموال، كما إذا باع الفضولي مال اليتيم على خلاف المصلحة فإنّ الولى لا يمكنه الإجازة حينئذ لأنّها على خلاف مصلحة اليتيم.

وهذا الوجه أيضاً وإن كان متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره.

والحاصل: لا ينبغي البحث حول اعتبار الأوَّلَين، إذا لا دليل على اشتراط ذات

← وآثاره.

(١) فوائد القواعد / ٥٣٢.

المجيز أو المجيز بوصف التمكن من الإجازة في صحة المعاملات بل ما ورد في صحة زواج الصغيرين أدّل دليل على عدم اعتبارهما بل في أدلة صحة الفضولي خير دليل على عدم اعتبارهما إذ لم يُفْصَلْ فيها بين وجودهما حال العقد وعدمه.

وكذلك البحث في الثالث إذ لا يعتبر في صحة الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد شرعاً، بل الإعتبار بوجود المجيز حال الإجازة ويظهر لك عدم الاعتبار حين لحاظك بأنّ بيع مال اليتيم كان على وفق المصلحة حين العقد ولكن حين الإجازة خَرَجَ عن المصلحة وكان على خلافها، فهل يجوز للولي إجازة هذا البيع الذي كان فعلاً على خلاف مصلحة اليتيم؟

ومن الواضح عدم جواز إجازته، فتمام العبرة بوجود المجيز حال الإجازة لا حال العقد.

ويأتي البحث من الشيخ الأعظم حول هذا القسم الثالث في الأمر الثالث[1] الآتي فانتظر.

الجهة الثالثة: الاستدلال على وجود المجيز حين العقد بوجوه

الأوّل: ما مرّ من فخر المحقّقين[2] ﷺ من مقدمتيه (أ) و (ج) وقال الشيخ الأعظم في الاستدلال له: «واسْتُدلّ له بأنّ صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً»[3].

وقال المحقّق الأصفهاني في توضيحه وتقريبه: «إنّ العقد الفضولي يتفاوت مع العقود الفاسدة ـ مع اشتراكه لها في عدم التأثير فعلاً ـ في أنّه قابل للتأثير بالإجازة دون غيره، فلابدّ أن يكون العقد الفضولي واجداً لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعلية التأثير إلّا إلى عدم فعلية الإجازة، وأمّا مع عدم إمكان الإجازة حال العقد فالعقد حينئذ غير واجد لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، إذ منها الإمكان من

---

(١) راجع صفحة ٢٤ من هذا المجلد.

(٢) إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

(٣) المكاسب ٤٣١/٣.

ناحية امكان الإجازة فعلاً، فإذا امتنعت الإجازة فعلاً امتنعت الصحة التأهلية فعلاً، زيادة على الصحة الفعلية المقرونة بفعلية الإجازة لا بإمكانها.

ولا نعني بالصحة التأهلية إلّا امكان نفوذ العقد فعلاً بالإجازة، مع أنّه لا يمكن لامتناع الإجازة، وإذا امتنعت الصحة التأهلية في زمان امتنعت دائماً، لأنّ ما يتفاوت حاله بتفاوت الأزمان هي الصحة الفعلية ـ التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية وعدمه ـ لا الصحة التأهلية»[١].

لخّص المحقّق المروج هذا ألتقريب في ثلاثة أُمور: «**أحدها**: اقتران الصحة التأهلية بالعقد وعدم انفكاكها عنه.

ثانيها: توقف هذه الصحة على إمكان الإجازة فعلاً أي من حين وقوع العقد، ومع امتناعها لا يثبت الصحة التأهلية فعلاً للعقد، فهذه الصحة منوطة باجتماع جميع مراتب الإمكان التي منها إمكان فعلية الإجازة، ومع امتناعها لعدم وجود مجيز حين العقد لا يثبت له الصحة التأهلية أيضاً. وقد عرفت عدم انفكاك الصحة التأهلية عن العقد فإمكان فعلية الإجازة دخيل في الصحة التأهلية.

ثالثها: أنّ المائز بين عقد الفضولي والعقود الفاسدة هو وجود الصحة التأهلية فيه دونها، هذا»[٢].

وقال الشيخ الأعظم في نقد هذا الاستدلال: «ويضعّف الأوّل ـ مضافاً إلى ما قيل[٣]: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة [إلّا في زمان طويل] ـ منع ما ذكره [فخرالمحقّقين] من أنّ امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف»[٤].

---

(١) حاشية المكاسب ٢٠١/٢.

(٢) هدى الطالب ٢٢٤/٥.

(٣) القائل هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧٢/٤ كما مرّ ولكنّ تنبّه قبله فخر المحقّقين نفسه في إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٤) المكاسب ٤٣١/٣.

مراده: إنّ الملازمة بين فساد العقد حدوثاً وبقاءً وإن كانت مسلَّمة، ولكنّ المقام ليس من صغرياتها لعدم كون وجود المجيز حال العقد من شرائط صحة العقد عندنا وليس مراده إمكان تفكيك بين بطلان العقد حدوثاً وصحته بقاءً لأنّ فقدان شرط الصحة يقتضي بطلانه حدوثاً وبقاءً. خلافاً لما استفاد بعض الأعلام من عبارته منع الكبرى وردّه بأنّه «منظور فيه»[١].

وقال المحقّق الأصفهاني في نقد تقريبه: «وفيه: لو كانت الصحة التأهلية ـ التي يتفاوت فيها العقد الفضولي مع العقود الفاسدة ما يساوق الإمكان الاستعدادي من جميع الوجوه ـ لكان لما ذكر وجه، وأمّا إذا كان المراد منها مجرد الصحة بلحوق الإجازة ولو فيما بعد، لا فعلاً في قبال ما لايجديه لحوق شيء في صحته، فلا يكون الصحة التأهلية مساوقة للإمكان الفعلي، بل العقد الفضولي ممكن التأثير فيما بعد بلحوق الإجازة له فيما بعد، هذا بناءً على النقل.

وأمّا بناءً على الكشف فهو ممكن الصحة فعلاً بإمكان لحوق الإجازة له فيما بعد، إذ ليس أمر الإمكان بأعظم من أمر الوجود، فكما أنّ وجوده الفعلي من ناحية وجود فيما بعد، كذلك إمكانه الفعلى من ناحية امكان الإجازة فيما بعد، فإنّ وجود المعلول وإمكانه بوجود العلّة وإمكانها فإذا قلنا بكفاية وجودها المتأخر في وجوده المتقدّم فكذا نقول بكفاية إمكانها المتأخر في إمكانه المتقدم»[٢].

الثاني: ما مرّ من السيد عميدالدين[٣] من حصول الضرر على المشتري لأنّه مُنع من التصرف في المبيع والثمن لاحتمال صدور الإجازة من المجيز وعدمه.

وذكر الشيخ الأعظم[٤] في المقام تقريب المحقّق الثاني[٥] لهذا الاستدلال وحيث

---

(١) كتاب البيع ٣٢٣/٢.

(٢) حاشية المكاسب ٢٠١/٢ و ٢٠٢.

(٣) كنز الفوائد ٣٨٥/١.

(٤) المكاسب ٣٤١/٣ قوله ﷺ: «وبلزوم الضرر على المشتري ...».

(٥) جامع المقاصد ٧٢/٤.

أنّه مرّ آنفاً فلا نعيده.

ويرد على هذا الاستدلال **أوّلاً**: بما مرّ من جواز تصرف الأصيل في ماله قبل صدور الإجازة من المجيز ـ وإن كان الشيخ الأعظم لم يوافقنا في هذا الردّ.

وثانياً: إذا كان جاهلاً بالفضولية تجري للأصيل قاعدة نفي الضرر كما مرّ من السيّد عميدالدين[1] منع هذا الاستدلال بهذه القاعدة.

وثالثاً: يمكن دفع ضرر الأصيل بجعل الخيار له بحيث إن أراد يجوز له فسخ هذه المعاملة الضررية.

ورابعاً: هذا الدليل أخص من المُدّعى، لأنّ المدعى بطلان البيع الفضولي إذا لم يكن مجيزاً في حال العقد، والدليل يقتضي بطلانه في صورة ضرر الأصيل ولكن إذا لم يتضرر الأصيل أو كان راضياً هو بهذا الضرر، لم يدلّ الدليل على البطلان.

الثالث: ما ذكره في العقد النضيد بقوله: «... مطلق المعاملات الفضولية فاقدة لصفتين وهما الرضا والاستناد ويمكن تصحيح المعاملة من خلال الإجازة اللاحقة فيتمّ بها الصفتان، وهو النهي الوارد عن التقرّب إلى مال اليتيم في قوله تعالى: **﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾**[2]، وبالتالي فلا مجال لتصحيح المعاملة التي يتضرّر منها الصبي لأنّ تصحيحها يستلزم قيام إطلاق يدلّ على إمكان تصحيح مطلق العقود الفضولية وإن كان محذورها من غير ناحية الرضا والاستناد، وهو ما نعجز عن إثباته لقصور الأدلة الخاصة، وعدم قيام أدلة مطلقة تفيد ذلك وبالتالي فإنّه يصل الدور إلى الشك، والمرجع حينئذ أصالة الفساد»[3].

يرد عليه: أوّلاً: كلام العلّامة[4] عام بالنسبة إلى وجود المجيز حال عقد الفضولي

---

(١) كنز الفوائد ١/ ٣٨٥.

(٢) سورة الأنعام/ ١٥٢.

(٣) العقد النضيد ٣/ ٣٦٤.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٩.

ولا يختص ببيع مال الطفل على خلاف المصلحة وإن كان نجله[1] يَخُصُّهُ بصورة واحدة وهي هذه المسألة، فالدليل أخص من مُدَّعىٰ العلّامة.

وثانياً: العقود الفضولية فاقدة لصفة واحدة وهي الاستناد وبالإجازة يَتُمّ الاستناد كما مرّ مُفَصّلاً فيما سبق.

وثالثاً: الأدلة الواردة في صحة عقد الفضولي عام تشمل هذه المسألة بعد صدور الإجازة من المالك بعد بلوغه ورشده كما يأتي.

الجهة الرابعة: مادلّ على عدم اعتبار وجود المجيز حين العقد

امورٌ:

الأوّل: الأدلّة الواردة في صحة عقد الفضولي عامةٌ ومطلقةٌ ولا تخصّص ولا تقيّد بوجود مجيز في حال العقد.

ولذا قال المحقّق الثاني: «والظاهر عدم الاشتراط لعموم الدليل الدال على صحة الفضولي من غير فرق، فإنّ عموم ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ يتناوله»[2].

وقال الشيخ جعفر: «لقضاء عمومات الكتاب والسنة بالعموم»[3].

وقال صاحب الجواهر بعد نقل كلام العلّامة: «إلّا أنّه ـ كما ترى ـ لا دليل عليه، بل مقتضى إطلاق ما سمعته من أدلة الفضولي خلافه...»[4].

الثاني: ما ذكره الفقهاء[5] ـ قدس الله أسرارهم ـ في باب النكاح من أنّه لو زوّج الفضولي الصغيريْن اللذيْن لا وليّ لهما صحّ وتدلّ عليه الروايات:

---

(١) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٢) جامع المقاصد ٧٢/٤.

(٣) شرح القواعد ٩٢/٢.

(٤) الجواهر ٤٧٩/٢٣ (٢٩٧/٢٢).

(٥) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٥٠/١٢، والشهيد الثاني في المسالك ١٧٧/٧، وسيّد الرياض فيه ١٠٣/١١.

منها: معتبرة محمّد بن الحسن الأشعري.(١)

ومنها: صحيحة مقطوعة محمّد بن اسماعيل بن بزيع.(٢)

ومنها: صحيحة أبي عبيدة.(٣)

ومنها: خبر عبّاد بن كثير.(٤)

ولذا قال الشيخ جعفر: «وشهادة مادلّ على جواز إنكاح الفُضُوْليّين الصبيَيْن ثـمّ مات أحدهما وبقي الآخر حتّى بلغ وأنّه تمضي إجازته مع اعتبار بعض الشروط الأُخَر على ذلك بطريق الأُولوية»(٥).

قال الشيخ أسدالله التستري: «لو كان شيءٌ ممّا ذكر في المنع صالحاً لذلك لعـمَّ جميع العقود وثبت في النكاح أيضاً، بل بالطريق الأولىٰ. لكن نكاح الفـضولي للـصغير والصغيرة مع إجازتهما بعد البلوغ جائز إتفاقاً نصّاً وفتوىً فكذلك سائر العقود»(٦).

وقال في الجواهر: «مضافاً إلى خبر الصغيرين»(٧).

وقال الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى الأخبار الواردة فـي تـزويج الصـغار فـضولاً الشاملة لصورة وجود وليّ النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عـدم وجـود الوليّ، بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح وانحصار الولي في الأب والجدّ والوصيّ على خلاف فيه»(٨).

الثالث: قال السيّد العاملي: «... بل قد لا نشترط المجيز بالكلّيّة فإنّهم قـالوا بأنّ

---

(١) وسائل الشيعة ٢٧٦/٢٠، ح٢، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨٢/٢٠، ح١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.

(٣) وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

(٤) وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح٢.

(٥) شرح القواعد ٩٢/٢.

(٦) مقابس الأنوار، كتاب البيع /٣٥.

(٧) الجواهر ٤٧٩/٢٣ (٢٩٧/٢٢).

(٨) المكاسب ٤٣٢/٣.

المحجور عليه لفلس إذا باع بعض أعيان ماله المحجر عليه فيها، أو وقف أو وهب أو عتق أنّه كالفضولي فلاتباع هذه الأعيان التي باعها في دَيْن الغرماء بل تأخّر فإن وفّى غيرها بمال الغرماء لزيادة القيمة أو لإبراء بعض الديّان نفذ بيعه وإلّا فلا. فكان وفاء المال كالإجازة وعدمه كالردّ. وقد حرّرنا المسألة في باب الحَجْر فلابدّ من مراجعتها»[١].

وفي ذيل كلام العلّامة في كتاب الحَجْر: «أمّا لو صادف المال في الحال: فإن كان مورده عين مال: كالبيع والهبة والرهن والعتق، احتمال البطلان من رأس، والإيقاف، فإن فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ»[٢].

قال: «إذا صادف تصرفه عين المال بالإتلاف بالمعاوضة كالبيع والإجازة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففي المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتحرير[٥] والإيضاح[٦] أنّه يبطل. وهو المحكي[٧] عن أبي عليّ لأنّه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبيّ فلا يصحّ وأن لحقته الإجازة وهذا هو المناسب للحَجْر فإنّ معنى قول الحاكم: حَجَرْتُ عليك: مَنَعْتُكَ من التصرف ومعناه تعذّر وقوع هذه العقود منه.

وأمّا الإيقاف فقد نفى عنه البأس في التذكرة[٨] وقال في جامع المقاصد[٩]: فيه قوّة وفي المسالك[١٠]: لعلّه الأقوى.

---

(١) مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢.

(٢) قواعد الأحكام ١٤٣/٢.

(٣) المبسوط ٢٧٢/٢ ونحوه في الخلاف ٢٦٩/٣، مسألة ١١.

(٤) الشرائع ٧٨/٢.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٥٠٩/٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٦٥/٢.

(٧) الحاكي هو العلّامة في مختلف الشيعة ٤٥٣/٥.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢٥/١٤.

(٩) جامع المقاصد ٢٢٩/٥.

(١٠) المسالك ٩٠/٤.

والوجه فيه أنّه لا يقصّر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي. وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافي لحقّ الغرماء، إذ لا دليل على إرادة غيره، ولأنّ عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحّة تصرّفه إذا لحقته إجازة الوليّ، فلو كان الحَجْر يقتضي المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفيه.

فعلىٰ هذا إذا أجازه الغرماء نفذ وإلّا أُخّر إلى أن يقسّم ماله، ولا يباع ولا يسلّم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بطل، وإن فضل ما يسعه صحّ... فإنّما يعتبر كلامهم في الإجازة لا في الردّ، وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء الشيء من ماله يسع ذلك، فإن حصل ذلك كان إجازةً وإلّا كان ردّاً وقد نبّهنا على ذلك في باب البيع...»[١].

ويأتي تفصيل هذا البحث آنفاً في المسألة الأُولىٰ الآتية[٢].

الجهة الخامسة: هل يدخل تحت هذا الاشتراط فرعٌ؟

أم لا، وهل لابدّ من دخوله تحته وإلّا يلزم اللَّغْوِيَّةَ؟ أم لا.

الظاهر عدم لزوم اللَّغْوِيَّةِ ولو لم يكن فرعاً تحت هذا الاشتراط، لأنّ «يكفي في عدم اللغوية كَوْنُهُ ذا أثر ولو عند غيرنا [من المذاهب]، كما يبحث في باب الجهاد[٣] بعض ما يتعلّق بوجود الإمامعليه السلام وتكليفه[٤] بل قد يبحث عمّا لا يتّفق الوجود له، كالبحث عن نجاسة دم مخلوق الساعة»[٥].

مضافاً إلى وجود فرع تحت هذا الاشتراط وهو ما ذكره فخرالمحقّقين[٦] من بيع مال الطفل على خلاف مصلحته أو الشراء له كذلك.

وهكذا يأتي هذا الاشتراط في تزويج الصغير فضولة مع فرض عدم وجود الولي

(١) مفتاح الكرامة ٢٥٠/١٦ و ٢٥١.

(٢) راجع صفحة ٢٥ من هذا المجلد.

(٣) الجواهر ٨٦/٢٢ (٥٠/٢١).

(٤) الجواهر ٦١٢/٥ (٣٦٢/٥).

(٥) كتاب البيع ٣٢١/٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

من الأب والجدّ والوصي ـ على خلاف فيه ـ وبناءً على عدم ولاية الحاكم الشرعي على الصغير في النكاح كما مرّ من الشيخ الأعظم[١].

وقد مرّ من العلّامة[٢] تفريعه على هذا الاشتراط ببيع مال الطفل فضولاً ثمّ بلغ وأجاز ثمّ استشكل في الاشتراط لا في الفرع ـ على ما حكي[٣] من نجله فخر المحقّقين ـ.

واعترض[٤] عليه بعض العامة ـ وهو البيضاوي على ما قيل[٥]ـ: بأنّ هذا الاشتراط ساقط على مذهب العلّامة ـ وهو مذهب أهل البيت عليهم السلام ـ لأنّهم يعتقدون وجود الإمام عليه السلام في كلّ زمان وهو ولي من لا ولي له.

ولكن قد عرفتَ ممّا سردناه عليك في الجهة الأولىٰ أنّ أوّل من اعترض عليه هو نجله فخر المحقّقين حيث قال: «واعلم أنّ هذا الفرع يتأتي على مذهب الأشاعرة»[٦] وإنّما يَنْحَصِرُ على مَذْهَبِنا بفرع واحد وهو بيع مال اليتيم على خلاف مصلحته كما مرّ.

وأجاب الشهيد[٧] عن الاعتراض بأنّه أراد مجيزاً في الحال [يمكن الاطلاع على إجازته].

واعترض المحقّق القمي[٨] على جواب الشهيد بأنّ نائب الإمام عليه السلام موجود ويمكن الاطلاع على إجازته.

وعمّمه الشيخ الأعظم أوّلاً: «بأنّ نائب الإمام ـ وهو المجتهد الجامع للشرائط -

---

(١) المكاسب ٣/ ٤٣٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٩.

(٣) الحاكي هو ثاني الشهيدين في فوائد القواعد /٥٣٢.

(٤) حكاه الشهيد في الحاشية النجارية /٢٢٢.

(٥) هكذا نقله الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/ ٤٣٢.

(٦) إيضاح الفوائد ١/ ٤١٩.

(٧) الحاشية النجارية /٢٢٢.

(٨) غنائم الإيام ١/ ٥٥٣، جامع الشتات ٢/ ٣١٨.

موجود، بل لو فُرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفسّاق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول»[١].

وثانياً: دافع عن الشهيد بأنّه إن أُريد ـ في أصل الاشتراط ـ وجود ذات المجيز ـ وهو الوجه الأوّل من وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد، الذي مرّ منّا في الجهة الثانية من البحث ـ لا تفيد إجابة الشهيد لأنّ ذات الإمامعليه السلام موجود وعدم التمكن من الوصول إلى إجازته لا يردّ الاعتراض.

وإن أُريد ـ في أصل الاشتراط ـ وجود ذات المجيز مع فرض تمكّنه من الإجازة ـ وهو الوجه الثاني من وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد الذي مرّ في الجهة الثانية ـ تمت الإجابة لأنّ المجتهد والعدول وحتّى الفساق وإن فرض وجودهم ولكن من الممكن عدم اطّلاعهم على العقد حتّى يُجيزوه.

أقول: قد مرّ منّا في الجهة الثانية من البحث أنّ الوجه الأوّل ـ عدم ذات المجيز ـ لا يتصوّر على مذهبنا، والوجه الثاني ـ عدم ذات المجيز الذي تمكّن من الإجازة ـ وإن كان متصوّراً ولكنه لا دليل على اعتباره.

والوجه الثالث ـ وهو تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة ولكنّه مَمْنُوْعٌ شرعاً منها ـ يمكن تصوّره أيضاً ولكن لا دليل على اعتباره.

قال الشيخ الأعظم: «فالاولى: ما فعله فخر الدين والمحقّق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات مَنْ مِنْ شأنه الإجازة فإنّه فرض غير واقع في الأموال»[٢].

أقول: لابدّ من حمل «امكان فعلية الإجازة» في كلامهقدس سره ـ على الإمكان الشرعي ـ لا الإمكان التكويني ـ كما مرّ في الجهة الثانية وآنفاً.

---

(١) المكاسب ٣/٤٣٣.

(٢) المكاسب ٣/٤٣٣.

الثالث: هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حين العقد؟

وهذا هو الاحتمال الثالث في وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد، الذي مرّ منّا[١] أنّه كان في المقام الثبوت متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره إثباتاً.

ولذا نفىَ الشيخ الأعظم اعتباره بقوله: «لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد»[٢].

ثم قال: «سواء كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضي أو للمانع»[٣].

مراده من المقتضي: هو الملكيّة مع شرائط كمال المالك من البلوغ والعقل والرشد. وفي فرض عدم الملكية، الإجازة أو الوكالة في التصرف من المالك.

ومراده من المانع: هو تعلّق حقّ الغير بالعين نحو: تعلّق حقّ الغرماء في الفلس، وتعلّق حقّ المرتهن بالعين المرهونة وعدم جواز بيع أُمّ الولد في عدم بيعها.

ثمّ ذكر أربعة مسائل لابدّ إلّا أن نقتفي أثره.

المسألة الأولى: إذا كان المالك حين العقد ممنوعاً من التصرف لحجرٍ أو رهنٍ

هل يصح العقد من مالك كان ممنوعاً من التصرف لِحَجْرٍ أو رَهْنٍ أو استيلاد في الأَمَةِ ولكن حين إجازته ارتفع المنع من التصرف لرفع الحجر أو فك الرهن أو موت الولد؟

قد مرّ آنفاً[٤] القول بالبطلان من الشيخ[٥] والمحقّق[٦] والعلّامة في التحرير[٧]

---

(١) راجع صفحة ١٤ من هذا المجلد.

(٢) المكاسب ٣/٤٣٤.

(٣) المكاسب ٣/٤٣٤.

(٤) راجع صفحة ١٩ من هذا المجلد: قولنا: الثالث....

(٥) المبسوط ٢/٢٧٢، الخلاف ٣/٢٦٩ مسأله ١١.

(٦) الشرائع ٢/٧٨.

(٧) تحرير الاحكام الشرعية ٢/٥٠٩.

وولده[١] وهو المحكي عن أبي علي[٢].

ولكن العلّامة في بيع التذكره حكم بصحته وقال: «ولو باع ولم يعلم المرتهن ففكّ لزم البيع لانتفاء المعارض...»[٣].

ونفى البأس عن إيقافه في حَجْر التذكرة وقال: «لو صادف تصرّفه عينَ مال بالإتلاف إمّا بمعاوضةٍ كالبيع والإجارة، أو بغير معاوضةٍ كالهبة والعتق والكتابة، أو بالمنع من الانتفاع كالرهن قال الشيخ‌ﷺ: يبطل تصرّفه. و هو أصحّ قولي الشافعي وبه قال مالك والمزني لأنّه محجور عليه بحكم الحاكم، فوجب أن لا يصحّ تصرفه... .

والقول الثاني للشافعي: إنّ هذه التصرفات لا تقع باطلة في نفسها بل تكون موقوفة، فإن فضل ما تصرّف به عن الدين إمّا لارتفاع سعر أو لإبراء بعض المستحقّين نفذ، وإلّا بانَ أنّه كان لغواً، لأنّه محجور عليه بحقّ الغرماء، فلا يقع تصرّفه باطلاً في أصله، كالمريض. وهذا القول لا بأس به عندي والأوّل أقوى...»[٤].

وقال المحقّق الثاني: «فيه قوة»[٥]، والشهيد الثاني: «لعلّه الأقوى»[٦].

وحكم السيّد العاملي الصِّحَّةَ في بيع مفتاح الكرامة[٧] وحجرها[٨] ولا يشترط الإجازة.

وقال صاحب الجواهر بعد نقل نفي البأس التذكرة وقوة جامع المقاصد وأقوائية المسالك: «وهو كذلك بناءً على أنّ الفضولي على القاعدة، بل وإن لم نقل بذلك للفحوى

---

(١) إيضاح الفوائد ٦٥/٢.
(٢) الحاكي و العلّامة في المختلف ٤٥٣/٥.
(٣) تذكرة الفقهاء ٤٢/١٠.
(٤) تذكرة الفقهاء ٢٥/١٤ مسألة ٢٧٠.
(٥) جامع المقاصد ٢٢٩/٥.
(٦) المسالك ٩٠/٤.
(٧) مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢.
(٨) مفتاح الكرامة ٢٥١/١٦.

حينئذ... وعلى كلِّ حالٍ فالأقوى صحة عقده، بل ظاهر جماعة من الأصحاب بل هو كصريح التذكرة عدم بطلانه بردّ الغرماء وأنّه يبقي موقوفاً على أن يقسم المال لايباع ولايسلّم إلى الغرماء فإن فضل لارتفاع قيمة غيره أو لإبراء بعض الديّان أو غير ذلك نفذ فيه التصرف وإلّا بطل لسبق التعلُّق به فيه، وليس لذوي الدين ابطال التصرف وفسخ العقد قبل ذلك، وهو جيد...»[1].

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلّق حقّ الغير...»[2].

والوجه في عدم الحاجة إلى الإجازة لأنّ المعاملة مستندة إلى المالك وإنّما كان المانع من صحتها حقّ المرتهن أو وجود الحَجْر أو الولد وقد سقطت الموانع بفكّ الرهن ورفع الحجر وموت الولد فتمت المعاملة، كما يرى السيّد اليزدي[3] عدم البطلان هو التحقيق.

ثمّ هل يجرى نزاع الكشف والنقل في الإجازة بالنسبة إلى رفع هذا المانع من صحة العقد من فكّ الرهن أو رفع الحجر أم لا؟ مع وضوح عدم جريانه في بيع أُمّ الولد قبل موت ولدها.

قولان:

ذهب المحقّق الثاني[4] مع توغّله في الكشف بعدم جَرَيانِه في المقام والتزم بالنقل هنا فقط ويرى السيّد اليزدي: «الإنصاف أنّ الحكم بالكشف مشكل».[5]

ولكن ذهب المحقّق النائيني[6] إلى جَرَيان نزاع الكشف والنقل في المقام أيضاً

---

(١) الجواهر ٢٥/٢٨٤ و ٢٨٥ طبع الإسلامية.

(٢) المكاسب ٣/٤٣٤.

(٣) حاشيته على المكاسب ٢/٢٢٢.

(٤) جامع المقاصد ٥/٧٥ و ٧٦.

(٥) حاشيته على المكاسب ٢/٢٢١.

(٦) راجع منية الطالب ٢/١٠٩، المكاسب والبيع ٢/١٥٩.

كما في الإجازة. وإن كان عنده[١] إشكال بالنسبة إلى فك الرهن.

ويمكن الاستدلال للمحقّق الثاني بأنّ نزاع الكشف والنقل إنّما يجري فيما إذا كان العقد تامّاً من جميع الجهات وكان متوقّفاً على الاستناد إلى المالك فقط فعند حصول الاستناد إليه بالإجازة يأتي النزاع، وأمّا إذا كانت صحة العقد متوقّفة على أمر آخر مضافاً إلى توقّفها على الإجازة ففي مثله لا يمكن الالتزام بأنّ الإجازة كاشفة عن الملكية من حال العقد مع أنّها تتوقّف على أمر آخر حسب الفرض.[٢]

ويمكن الاستدلال للمحقّق النائيني: بإمكان حفظ الرهن وصحة البيع فيمكن الحكم بالكشف أيضاً كما في بيع العين المرهونة مع الإعلام بوصف المرهونية وإجازة المرتهن وكبيع العين المستأجرة. مضافاً إلى أنّ التنافي بين حفظ الرهن وصحة البيع ـ على فرض وجوده – إنّما يأتي بناءً على الكشف الحقيقي فقط دون أقسام الكشف الحكمي. وكذلك القول في الحجر وتعلّق حق الغرماء بالمال.[٣]

والظاهر جريان نزاع الكشف والنقل بالنسبة إلى رَفْعِ هٰذَيْنِ ٱلْمانِعَيْنِ من فكّ الرهن ورفع الحجر كما عليه المحقّق الخميني[٤] ﷺ والحمد لله.

---

(١) راجع تعليقته على منية الطالب ١٠٩/٢. قال فيها: «ويمكن أن يقال: إذا كان حقّ المرتهن مانعاً عن تأثير عقد الراهن، فحكم الإسقاط ونحوه حكم القبض في باب الصرف والسَّلَم، فإنّ عدم المانع من أجزاء العلّة. فملكيّة المشتري كما تتوقّف على القبض في الصرف والسلم فكذلك تتوقّف ملكيّة مشترى العين المرهونة على خروج العين عن كونها للدين، وخروجها عنها يتحقّق في الإسقاط أو الفكّ لا زمان العقد، فلا يجري فيه نزاع الكشف والنقل، بل لا محيص عن الالتزام بالنقل».

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ١١/٢ و ١٢.

(٣) راجع هدى الطالب ٢٤٠/٥.

(٤) كتاب البيع ٣٣٢/٢.

المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثمّ ملكه

وهي ما لو كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضي ـ وهو عدم الملكيّة للعاقد ـ ولكن حصلت الملكية بعد للعاقد الفضولي أو لغيره غير المالك الأوّل.

وعنوان المسألة في كلمات القوم يختص بما إذا كان المالك الجديد هو البائع الفضولي حيث عنونه بما جعلتُه عنواناً.

ولكنَّ صُوَرَ المسألة بلغت إلى سِتّ عَشْرَةَ صُوْرَةً[1] لأنّ الفضولي الذي يكون غير المالك أمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك، وانتقال الملك إلى المالك الجديد إمّا اختياراً أو قهراً، وإمّا أن يجيز المالك الجديد البيع أم لا، فبلغ إلى هنا إلى ثَمانِيْ صُوَرٍ وهذا كلّه إذا كان المالك الجديد هو البائع الفضولي وأمّا إذا كان غيره فَتَبْلُغُ ٱلصُّوَرُ إلى سِتّ عَشْرَةَ صُوْرَةً.

هذا إذا جعلنا عنوان المسألة عاماً كما جعله الشيخ الأعظم[2] ولكن إذا جعلنا عنوانها خاصاً كما في كلمات القوم ـ وكما جعلتها تبعاً لهم ـ فيخرج الثمانية الثانية لأنّهم قالوا: «لو باع الفضولي شيئاً ثمّ ملكه»، وهذا العنوان لا يشمل صور الملكية الجديدة لغير البائع الفضولي.

والمهم في هذه الصور ٱلثّماني الأُولىٰ صورتان:

الأُولىٰ: أن يبيع الفضولي لنفسه ثمّ يَشتَريه من مالكه وَيُجيز البيع.

---

(١) كما في هداية الطالب ٣/١٣٤.

(٢) المكاسب ٣/٤٣٥ حيث يقول: «... فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره».

الثانية: أن يبيع الفضولي لنفسه ثمّ يَشْتَريه من مالكه ولا يُجِيْزهُ.

وحكم بقية الصور يظهر من حكم هاتين بالتأمل، فيقع الكلام فيهما، بل يظهر حكم الصورة الثانية من الصورة الأُولى كما هو الواضح ولذا بحث الشيخ الأعظم[١] عن هذه الصورة الاولى مفصلاً وعن الصورة الثانية مختصراً.

الصورة الأولى:

ويقع الكلام في ضِمْنِ جِهات:

الجهة الأُولى: كلمات الفقهاء حول المسألة

قال الشيخ في ما إذا باع أو رهن مالك النصاب قبل إخراج زكاته: «إذا وجبت الزكاة في ماله فرهن المال قبل إخراج الزكاة منه لم يصحّ الرهن في قدر الزكاة ويصح فيما عداه. وكذلك الحكم لو باعه صحّ فيما عدا مال المساكين ولا يصح فيما لهم، ثمّ يُنظر فإن كان للراهن[٢] مال غيره وأخرج حقّ المساكين منه سلم الرهن جميعه وكذلك البيع»[٣].

وقال: «وإن كانت الهبة فاسدة فباع قبل القبض صحّ البيع، وإن باع بعد القبض فإن كان يعلم أنّها فاسدة، وأنّه لا يملك بها صحّ البيع، وإن كان يعتقد أنّها صحيحة وأنّ الموهوب له قد ملكها فهل يصحّ البيع؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يصحّ لأنّه صادف ملكه وهو الصحيح.

الثاني: لا يصحّ لأنّه لا يبيع ويعتقد أنّه متلاعب بذلك.

كما نقول في الرجل يبيع ماله مورِّثه وعنده أنّه ما مات، ثمّ يتّفق أن يكون قد مات قبل البيع، قيل: فيه قولان...»[٤].

أقول: ظاهر الشيخ في الزكاة والهبة صحة بيع مَنْ باع شيئاً ثمّ ملكه من دون حاجة إن الإجازة المستانفة، في الزكاة كان الصحة ظاهرةً وفي الهبة شبّه بيع مال المورِّث

---

(١) المكاسب ٣/٤٥٣.

(٢) في المطبوعة «الرهن» صححناه بالسياق.

(٣) المبسوط ١/٢٠٨.

(٤) المبسوط ٣/٣٠٤.

بظن حياته بالهبة الفاسدة و بيع العين الموهوبة مع اعتقاد صحة الهبة واختار هو‌ﷺ صحة البيع، فكذلك يكون مختاره في بيع مال المورِّث الصحة.

وقال المحقّق: «لو باع النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه صح فيما عدا الزكاة فإن اغترم حصة الفقراء، قال الشيخ‌ﷺ: صح الرهن في الجميع وكذا البيع. وفيه إشكـال لأنّ العين غير مملوكة له وإذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً وافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة كمن باع مال غيره ثمّ اشتراه، و...»[١].

وقال: «... ولو كانت الهبةُ فاسدةً صحّ البيعُ على الأحوال. وكذا القول فيمن باع مالَ مورِّثه وهو يعتقد بقاءَهُ. وكذا إذا أوصَى برقبة مُعْتَقِهِ وَظَهرَ فسادُ عتقِهِ»[٢].

أقول: كلامه الأوّل ظاهر في الصحة مع الإجازة والثاني في الصحة مطلقاً.

قال العلّامة في متاجر القواعد: «ولو باع مال أبيه بظن الحياة وأنّه فضولي فبان ميّتاً ـ حينئذ ـ وأنّ المبيع ملكه فالوجه الصحة»[٣].

وقال في هبتها: «وإذا باع الواهب بعد الأقباض بطل مع لزوم الهبة، وصحّ لا معه على رأي، ولو كانت [الهبة] فاسدةً صحّ إجماعاً. ولو باع مال مورِّثه معتقداً بقاءه أو أوصى بمن أعتقه وظهر بطلان عتقه فكذلك»[٤].

قال السيّد العاملي: «وقد يلوح منه [العلّامة] هناك [هبة القواعد] أنّها محل إجماع فليرجع إليه»[٥].

وقال في نهاية الإحكام: «ولو باع مال أبيه بظن أنّه حيٌّ وهو فضوليٌّ، فبان أنّه كان ميّتاً حينئذ وأنّ المبيعَ ملكُ للعاقد فالأقوى الصحة لصدوره من الملك... ويحتمل البطلان لأنّه وإن كان العقد منجزاً في الصورة إلّا أنّه في المعنى معلّقٌ، وتقديره إن مات مورِّثي فقد

---

(١) المعتبر ٥٦٣/٢.

(٢) الشرائع ١٨١/٢.

(٣) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٤) قواعد الأحكام ٤٠٩/٢.

(٥) مفتاح الكرامة ٦٢٧/١٢.

بعتُك ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»[١].

وقال في بيع التذكرة: «لو باع بظن الحياة وأنّه فضوليٌّ فبان موته وأنّه مالك صحّ البيع ـ وهو أصحّ قولي الشافعي ـ لأنّه بيع صدر من أهله في محلّه.

وأضعفهما: البطلان لأنّه كالغائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

وله آخر: أنّه موقوف على تيقّن الحياة أو الموت»[٢].

ونحوه فيها[٣] فراجعه.

وقال فخر المحقّقين في ذيل عبارة متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة إنّه تصرّف من أهله في محلّه.

ويحتمل وقوفه على إجازته لأنّه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على الإجازة متجددة من الأب أو من يقوم مقامه ولمّا اعتبر القصد في أصل البيع ففي أحواله أوْلى.

ويحتمل البطلان لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه ولأنّه وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنى معلَّقٌ والتقدير إن مات مورّثي فقد بعتك ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»[٤].

وقال الشهيد: «وكذا [أي تصحّ] لو باع ملك غيره ثمّ انتقل إليه فأجاز. ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده وقد نُهي عنه. نعم لو باعه موصوفاً في الذمة يطابق ما عند الغير ثمّ ملكه ودفعه صحّ وأطلق الحلبي[٥] صحة بيع ما ليس عنده ويحمل على ذلك»[٦].

وقال في القواعد والفوائد: «... ويحتمل البطلان، لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن

---

(١) نهاية الإحكام ٢/٤٧٦ و ٤٧٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠/٢٢٠.

(٤) إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

(٥) الكافي في الفقه /٣٥٩.

(٦) الدروس ٣/١٩٣.

الأب لا عنه، ولأنّه وإن كان منجّزاً في الصورة فهو في المعنى معلّقٌ والتقدير: إن مات مورّثي فقد بعتك، ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»[١].

وقال الفاضل المقداد: «... وكذا نقول [بالصحة] فيمن باع ملك غيره ثمّ انتقال إليه فأجاز»[٢].

وقال المحقّق الثاني في ذيل عبارة متاجر القواعد: «قوله: (وأنّه فضولي) مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف أعني العقود تابعة للقصود.

[و] أراد: الصحة من غير توقف على شيء آخر، أعني: اللزوم وينبغي أن يكون ذلك موقوفاً على إجازته وهو الأصح، لأنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، إلّا أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف. ومثله: ما لو باعه فضولياً ثمّ تبيّن شراء وكيله إيّاه»[٣].

وقال في تعليقه على الإرشاد: «ولو باع مُوَرّثه لظن حياته فبان ميّتاً وأنّه مِلكُه، أو باع مال غيره ثمّ اشتراه فهل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟

وجهان، وعدم الاشتراط في الثاني أبعد، بل البطلان متّجه إذا قلنا بأنّ الإجازة كاشفة، لأنّ انتقال الملك إلى المشتري الأوّل إذا كان من وقت العقد استلزم بطلان البيع الثاني، فينتفي الملك، وصحة البيع الأوّل فرع له»[٤].

وقال ثاني الشهيدين في ذيل قول المحقّق: «(وكذا القول فيمن باع مال مورّثه وهو يعتقد بقاءه)، بمعنى أنّه يحكم بصحّة البيع على تقدير ظهور موت المورّث حال البيع، وأنّ البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم وهو صدور البيع عن مالكٍ لأمره.

ويشكل بما مرّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنّما قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضوليّ، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادّعائه عدم

---

(١) القواعد والفوائد ٢/٢٣٨، قاعدة ٢٣٨.

(٢) التنقيح الرائع ٢/٢٦.

(٣) جامع المقاصد ٤/٧٦.

(٤) حاشية الإرشاد /٣٣٧ المطبوعة في ضِمنِ المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركي وآثاره.

القصد إلى ا لبيع على تقدير كونه ملكه. ولعلّ هذا أقوى لدلالة القرائن عليه، فلا أقلّ من جعله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البَيْعِ مطلقاً فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع.

إلّا أن يقال: إنّ المعتبر هو القصد إلى البيع مطلقاً، ويمنع اعتبار القصد إلى بيعٍ لازم بدليل صحّة عقد الفضوليّ مع عدم القصد إلى بيعٍ لازم، وتوقّفه على إجازة المالك أمر آخر، لانّ رضا المالك شرط في لزوم العقد لا في صحّته في نفسه، والأمر هنا وقع من المالك، فاجتمع القصد إلى البيع والشرط وهو بيع المالك فلا يفتقر إلى إجازة أخرى. وإلى مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحّة البيع. مثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له قبل البيع.

واعلم أنّ الشهيد في الدروس لمّا نقل عن الشيخ[1] تساوي مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورّثه في الحكم بصحّة البيع وإن جهل الحال قال: «وقد يفرّق بينهما بالقصد إلى صيغة صحيحة في مال المورّث، بخلاف الموهوب»[2] ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق، فإنّ القصد إلى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطل حاصل في المسألتين وبمعنى اللزوم منتفٍ فيهما، فلا فرق بينهما أصلاً كما لا يخفى»[3].

وقال الصيمري: «الثالث: لو باع مال غيره ثمَّ ملكه قبل فسخ المالك وإجازته، افتقر إلى الإجازة من البائع، لأنّه باع وهو غير مالك ولابدّ من إجازة المالك وقد صار مالكاً فلابدّ من إجازته...»[4].

فذلكة القول في محتملات المسألة وأقوالها

وهنَّ ثلاثة:

الأوّل: الصحة من دون توقّفها على إجازة البائع بعد تجدد الملك له: وهو الظاهر من كلام شيخ الطائفة في بيع مال الزكوي قبل إخراج الزكاة منه إذا غرم حصة

---

(١) المبسوط ٣/٣٠٤.

(٢) الدروس ٢/٢٨٩.

(٣) المسالك ٦/٥١.

(٤) غاية المرام ٢/١٥.

الفقراء بعد البيع، وفى بيع الهبة الفاسدة مع اعتقاد البائع الصحة كما مرّ.

وهو مختار المحقّق في الشرائع والعلّامة في متاجر القواعد وهبتها وبيع التذكرة ويراه الأقوى في النهاية، وهو مختار الجدّ الشيخ جعفر.[١]

الثاني: صحتها مع توقّفها على الإجازة: وهو الظاهر من معتبر المحقّق والشهيد في الدروس والفاضل المقداد في التنقيح ونقله الشهيد عن ابن المتوّج[٢] وهو مختار المحقّق الثاني في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في المسالك والصيمري في غاية المرام وعليه صاحب الجواهر[٣] والشيخ الأعظم[٤].

الثالث: البطلان: وهو أضعف قولي[٥] الشافعي.

وهو مختار الشيخ أسدالله التسترى[٦] والمحقّق النائيني[٧] كما يأتى منه في ما بعد في غير الانتقال القهري وفيه قال بالصحة[٨].

الجهة الثانية: إشكالات التستري على القول بالصحة

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم[٩] للإشكالات السبعة ـ التي ذكرها الشيخ أسدالله التستري في مقابس الأنوار[١٠] ـ على القول صحة، وقد مرّ بعضها من العلّامة وولده والمحقّق الكركي فيما نقلتُ عنهم في الجهة الأُولى.

---

(١) شرح القواعد ٢/٩٨.

(٢) كما حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ١٢/٦٢٨.

(٣) الجواهر ٢٣/٤٨٢ (٢٢/٣٠٠)، ولكنّه في المسألة التي ذكرها الشيخ الطوسي في كتاب الزكاة يظهر منه القول بالبطلان، راجع الجواهر ١٥/٢٤٥ (١٥/١٤٢).

(٤) المكاسب ٣/٤٣٧ و ٤٦٢.

(٥) أي مذهبه القديم والجديد.

(٦) مقابس الأنوار /١٣٤.

(٧) المكاسب والبيع ٢/١٦٧ و ١٧٥.

(٨) منية الطالب ٢/١١٨.

(٩) المكاسب ٣/٤٣٧.

(١٠) مقابس الأنوار /١٣٤ و ١٣٥.

الاشكال الأوّل[١]:

لو باع مال الغير لنفسه كان باطلاً بوجوه خمسة قد مرّ في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، تحت عنوان «أدلة بطلان بيع الفضولي لنفسه ومناقشتها»[٢].

ولكن بعض هذه الوجوه لا يجري هنا وَهُما الوجهان اللذان يختصان بالغاصب ـ أي الوجه الثاني[٣]: اعتبار عدم سبق منع المالك، والوجه الثالث[٤]: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ـ لأنّ البائع هنا ليس غاصباً بل يكون مالكاً.

وفيه: قد مَرَّتْ هذه الأدلة ومناقشتها مفصلاً فلا نعيدها فراجع ما حررتُه هناك.[٥]

الاشكال الثاني[٦]:

يعتبر في صحة البيع أُمور ثلاثة: ١ـ الملك، ٢ـ رضا المالك، ٣ـ القدرة على التسليم. وفي بيع الفضولي يتحقق جميع هذه الأُمور من جانب المالك. ولكن في مسألتنا ـ من باع شيئاً ثمّ ملكه ـ المالك خرج عن قابلية الإجازة بالموت أو بالبيع للعاقد فلا يتحقق هذه الأُمور الثالثة، والمالك الجديد لا يكون مالكاً حين العقد، والمالك حال العقد لا يعتبر رضاه.

وقد أجاب عنه الشيخ الإعظم[٧] بجوابين:

الأوّل: بالنسبة إلى عدم رضاية من يعتبر رضاه، ذهب إلى أنّ المعتبر من الرضا إنّما هو رضا المالك حال الإجازة، لا رضا المالك حال العقد، لأنّ دليل اعتبار الرضا في

---

(١) مقابس الأنوار /١٣٤.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٣٢٤/٥.

(٣) راجع الآراء الفقهية ٣٢٥/٥.

(٤) راجع الآراء الفقهية ٣٢٥/٥.

(٥) راجع الآراء الفقهية ٣٢٤/٥.

(٦) مقابس الأنوار /١٣٤.

(٧) المكاسب ٤٣٧/٣.

المعاملات هو آية التجارة[١] وقوله‌عليه‌السلام: لا يحلّ مال امرىء مسلم إلّا بـطيب نـفسه.[٢] ومدلولهما اعتبار رضا المالك حين الإجازة لا حين العقد.

الثاني: بالنسبة إلى القدرة على التسليم، ذهب إلى أنّ القدرة على التسليم معتبرة في حق المالك حين العقد ولا يفيد حال الإجازة إلّا أنّه كلام آخر لا ربط له بالمقام. لأنّ الكلام في صحة البيع الصادر عن الفضولي فيما إذا ملكه وأجاز، وبطلانه من أجل عدم القدرة على التسليم أمر آخر غير ما نحن بِصَدَدِهِ.

أقول: بل يمكن أن يجاب عن الثاني بأنّ المعتبر هو القدرة على التسليم حـال الإجازة بل القدرة على التسليم في موعد التسليم لا القدرة عليه حال العقد، والقـدرة عليه حين الإجازة بل في موعد التسليم، وهي موجودة في هذا العقد.

الإشكال الثالث[٣]:

الإجازة كاشفة على الأصح عندنا وعند الشيخ التستري عن الملكية حال العقد، وإذا فرضنا صحة البيع في مسألتنا فَلازِمُهُ أن يكون المال ملكاً للمشتري من حين العقد مع أنّ المفروض عدم دخوله في ملك المالك المجيز حين العقد حتّى يدخل منه إلى ملك المشتري، والخروج من ٱلمِلْكِ فرع للدخول فيه، وما لم يدخل في ملكه كـيف يـعقل خروجه عنه، وهذا يكشف عن بطلان المعاملة.

جواب الشيخ الأعظم[٤]: الإجازة على القول بالكشف توجب انتقال المال إلى المشتري من حين العقد إذا لم يكن هُناكَ محذورٌ في البين، وأمّا إذا وُجد مَحْذُوْرٌ ـ كما ورد في الإشكال ـ فالمتّبع هو دليل الاعتبار فيحكم بكاشفية الاجازة من زمن يمكن الانتقال من المالك المجيز إلى المشتري وهو أوّل زمان انتقال المالكية إلى المالك الثاني الذي أجاز البيع، فيدخل المبيع آناً ما في ملكه ومنه ينقل إلى المشتري ويرتفع ٱلْمَحْذُوْر.

---

(١) سورة النساء /٢٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

(٣) مقابس الأنوار /١٣٤.

(٤) المكاسب ٤٣٨/٣.

مضافاً إلى أنّ مقتضي الصحة موجود في مسألتنا ـ وهو العمومات والإطلاقات الواردة في صحة البيع ـ ولا مانع عن الصحة إلّا إجازة المالك الجديد وإذا حصلت تلك الإجازة فَهِيَ تَكْشِفُ عن ثبوت الملكية من أوّل أزمنة إمكان قابلية الملك إلى المشتري له من دون ترتّب محال عقليّ أو شرعيّ في المقام.

ثمّ ذكر[1] أنّ مسألتنا لا تُقاسُ بما إذا خصص المالك المجيز الإجازة بزمن متأخر عن العقد مثلاً بأنّ أجازه مِن حين الإجازة فيحكم بالبطلان لأنّ العقد قابل لِتَرْتِيْبِ الأثر من حينه فلا وجه لتقييد توسط المالك فيكون باطلاً من رأسه.

وأمّا في مسألتنا فليس العقد قابلاً لترتّب الملكية عليه من حينه، فيترتّب عليه من أوّل أزمنة إمكانه وهو كما مرّ انتقال الملك إلى المالك الجديد. انتهى جواب الشيخ الأعظم بتقريب منّا.

ولكن المحقّق النائيني[2] استدلّ للبطلان بمنع اقتضاء البيع للصحة في المقام لما مرّ من أنّ بيع الأصيل ماله من البائع الفضولي يقتضي بطلان بيع الفضولي لأنّ الردّ كما يتحقّق بالقول يتحقّق بالفعل أيضاً.

ولكن يرد عليه **أوّلاً**: قد مرّ في تنبيهات الإجازة[3] أنَّ الردّ لا يقتضى بطلان البيع الفضولي فراجع ما حررتُه هناك.

وثانياً: أنّ الدليل أخص من المدعىٰ لأنّ ما ذكره إنّما يجري فيما إذا ملك البائع ما باعه بالشراء كما مثّل له ولكن لا يجري فيما إذا ملكه بالإرث، والوجه في ذلك أنّ انتقال الملك بالإرث لا يعدّ ردّاً من المورِّث للعقد الصادر عن الوارث.

وثالثاً: وعلى فرض أنّ الردّ يقتضي بطلان البيع الفضولي إنّما يقتضي ذلك إذا ردّ المالك العقد الواقع على ملكه، وأمّا العقد الواقع على ملك غيره فليس للمالك ردّه، وفي مسألتنا العقد يَقَعَ في ملك المالك الجديد فعلاً ـ بعد الشراء أو الإرث ـ فليس للمالك

---

(١) المكاسب ٤٣٩/٣.

(٢) منية الطالب ١١٧/٢.

(٣) راجع الآراء الفقهية ٥٠٥/٥.

السابق ردّه، وللمالك الجديد إجازته أو ردّه على القول بِلُزُوْمِ الصحة الإجازة المُسْتَأنفة منه.

ثمّ لا يُدرىٰ ما الفرق بين الإرث والبيع في انتقال المال إلى ٱلْمالِكِ الجديد؟! حيث ذهب المحقّق النائيني[1] إلى أنّ إجازة الوارث تكشف عن الملكية من حين العقد للمشتري في حياة المورّث بِادِّعاءِ قيام الوارث مقام المورِّث في الأموال فكأنّ العقد صدر من المورِّث بنفسه، ولكن إذا كان الانتقال بالشراء فَتَأْثِيْرُ الإجازة لحصول الملكيّة للمشتري من حين ملكية المالك الجديد يحتاج إلى دليل مفقود.

ولا ينقضي تعجبي من المحقّق السيّد الخوئي حيث استشكل على الشيخ الأعظم بأنّ المقايسة بين ما إذا خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد ومسألتنا تامةٌ ـ خلافاً للشيخ الأعظم ومرّ منه بأنّ المقايسة بينهما باطلةٌ ـ وقال: «الوجه فيه [أي في البطلان هناك] ليس إلّا أنّ المُنْشَأَ بالعقد إنّما هي الملكيّة المطلقة من حين العقد، فإذا تعلّقت الإجازة بالملكيّة المتأخرة عنه لم تتعلّق الإجازة بما وقع، فما وقع لَمْ يجز وما اجيز لم يقع، وفي المقام [مسألتنا] أيضاً يجري هذا الوجه، لأنّه إذا سُئل المشتري من أيّ زمان اشتريتَ؟ أجاب بأنّي اشتريتُ من حين العقد، والمفروض عدم تعلّق الإجازة بالملكية من حين الشراء ولو كان ذلك لمانع شرعي فلو قلنا بالبطلان هناك لابدّ من القول به في المقام أيضاً»[2].

وجه التعجب: تخصيص الانتقال بزمن ما بعد العقد في ما إذا كان الانتقال من حين العقد ممكناً ـ شرعاً وعقلاً ـ يضرّ بالبيع ويصيره باطلاً، وأمّا إذا كان الانتقال من حين العقد فلا يكون ممكناً ـ شرعاً أو عقلاً ـ ولا يضرّ بصحة العقد الذي مدلوله الانتقال من حينه لأنّ المال غير قابل للانتقال شرعاً إلّا أوّل أزمنة تملك المالك المجيز، فتكون عموم الإجازة بالنسبة إلى ما قبل ذلك الزمن ملغاةً، وكان ذلك نظير الإجازة في ما إذا كان

---

(١) راجع منية الطالب ٢/١١٨.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٣٢.

القبض فيه شرطاً للانتقال كما عليه شيخنا الاستاذ[١] ﷺ.

الإشكال الرابع[٢]:

القول بصحة مسألتنا ـ من باع شيئاً ثمّ ملكه ـ يستلزم اجتماع المالكين على ملك واحد، واستحالة ملكيّة المشتري للعين المشتراة.

وأمّا الأوّل: فعلى القول بالكشف، الإجازة تكشف عن ملكية المشتري للعين من حين العقد، والمفروض أنّ المال في ذلك الوقت يكون للمالك الأوّل ولذا صحّ انتقاله منه إلى المالك الثاني المجيز بالانتقال الاختياري أو القهري، ثمّ بعد حصول الانتقال إلى المالك الثاني المجيز صحّت إجازته للعقد لأنّه صار مالكاً للعين.

ولو لم تكن العين للمالك الأوّل لم يصح شراء الثاني المجيز منه ـ أو انتقالها إليه ـ فلم تصح اجازته للعقد، ولازم ذلك أن تكون العين من حين العقد إلى حين الإنتقال للمالك المجيز مملوكة للمالكين ـ المالك الأوّل والمشتري ـ.

وأمّا الثاني: فإنّ ملك المشتري للعين من حين العقد يستلزم عدم كون المالك الأوّل مالكاً لها من حين العقد لاستحالة كونها ملكاً للإثنين بالاستقلال، وإذا لم تكن ملكاً له ـ أي للمالك الأوّل ـ فلا يصح انتقالها إلى المالك الثاني المجيز وبالتالي لم تصح إجازة المالك المجيز للعقد السابق فلا تَتُمُّ ملكيّة المشتري للعين حال العقد، فيلزم من ملكية المشتري من حين العقد عدم ملكيّته، وما يلزم من وجوده عدمه محالٌ، فملكيّة المشتري للعين مُسْتَحِيْلَةٌ والعقد باطل.

جوابه: لا يَرِدُ ٱلإيرادانِ على القول بالصحة حتّى على القول بالكشف في الإجازة لما مرّ آنفاً في الجواب عن الإشكال الثالث بأنّ العين تنتقل إلى المشتري من أوّل أزمنة إمكان انتقالها من المالك الثاني المجيز إليه، وهو أوّل زمان دخلت العين في ملكه ـ أي المجيز ـ بالشراء أو الإرث، فحينئذ قبل انتقال العين إلى المجيز كانت في ملكيّة المالك

---

(١) راجع إرشاد الطالب ٢٨/٤.

(٢) راجع مقابس الأنوار /١٣٤.

الأوّل بلا تزاحم، فلا يلزم اجتماع المالكين على ملك واحد، ولا يلزم من وجوده عدمه.

الإشكال العام للمحقّق التستري

ثمّ ذكر التستري[1] إشكالاً عامّاً على جميع المعاملات الفضولية بناءً على الكشف من حين العقد أو من قابلية المحلّ كما في مسألتنا ـ تحت عنوان إن قلت ـ وهو أنّ الإجازة تكشف عن ملكية المشتري للعين من حين العقد أو من حين قابلية المورد، ولازم ذلك أن لاتكون العين ملكاً للمجيز حال الإجازة ومعه كيف تؤثّر في تملّك المشتري من حين العقد أو مِن حين قابلية المورد، ولازم صحّة إجازته أن تكون العين ملكاً للمجيز والمشتري ـ معاً ـ في حال إجازة المجيز.

جوابه: وأجاب التستري نفسه عن الإشكال ـ تحت عنوان قلنا[2] ـ بأنّ ملكية الصورية الظاهرية الحاصلة بالاستصحاب للمجيز كافية في صحّة الإجازة وإن لم يكن مالكاً واقعيّاً لأنّ الإجازة رفع لليد وإسقاط للحقِّ وفيه يكفي الملك الصوري الظاهري، بخلاف العقد الثاني ـ شراء المجيز العين من المالك الأوّل ـ لأنّه يحتاج إلى الملك الواقعي لأنّه عقدٌ وصحة العقد تتوقّف على الملك واقعاً.

ولكن الشيخ الأعظم أورد على جوابه بإيرادات أربعة:

الأوّل: الملك الصوري الاستصحابي لا يكفي في الإجازة لأنّ الفضولي لو باع مال أحدٍ وقبل إجازة المالك باعه وكيل المالك من شخص آخر ولم يعلم به المالك ثمّ أجاز المالك البيع الفضولي باستصحاب ملكه، وبعد ذلك ظهر أنّه لم يكن مالكاً للمال حال الإجازة لأنّ الوكيل باعه من شخص آخر، فلا يمكن الالتزام بصحة الإجازة حينئذ مع أنّ الملك الصوري متحقّق في المثال. ومنه يظهر أنّ الإجازة متوقّفة على الملك الواقعي ولا يكفي فيها الملك الاستصحابي.

الثاني: الفرق بين الإجازة والعقد الثاني غير موجود لأنّ الإجازة ليست رفعاً لليد

---

(١) مقابس الأنوار / ١٣٤.

(٢) مقابس الأنوار / ١٣٤.

واسقاطاً للحقِّ، بل هي ممّا يُصَحِّحُ الاستناد وكأنّه باع ماله حين الإجازة ومن الواضح أنّ البيع يتوقّف على الملك الواقعي ولا يكفي فيه الملكية الاستصحابية لأنّه من الشرائط الواقعية لا العلمية حتّى يقال فيه بكفاية الاستصحاب فيه.

الثالث: سلّمنا أنّ الإجازة هي إسقاط للحقّ ورفع لليد فقط مع ذلك لا يكفي فيها الملكيّة الاستصحابية الظاهرية لعدم معقولية إسقاط الحقّ مع انتفاء الحقّ قبل ذلك الاسقاط كما في مسألتنا بناءً على الكشف لأنّ الإجازة تكشف عن ملكيّة المشتري من حين العقد فالمجيز لم يكن مالكاً حين الإجازة.

الرابع: إشكال التستري على المعاملات الفضولية إنّما يبتني على الكشف الحقيقي وأمّا بناءً على الكشف الحكمي فلا يجتمع المالكان على ملك واحد. لأنّ المشتري إنّما ينزّل منزلة المالك في ترتب الآثار فقط، لا أنّه يكشف عن الملك الحقيقي ليترتب الاشكال. ولأنّ المشتري مالك تنزيليٌّ أو مجازيٌّ أو ادعائيٌّ، أمّا المالك الواقعي والحقيقي فَهُوَ المجيز فيرتفع اشكاله من الإساس. مضافاً إلى تعدد زمان الاعتبارين كما مرّ في بحوث الكشف.

أجوبة الإعلام عَنِ الإشكال العام

١ـ إجابة السيّد اليزدي

قال: «الصواب في الجواب عنه أن يقال: أنّه يكفي في صحة الإجازة الملكيّة التقديرية، بمعنى كون المال له لو لا هذه الإجازة، فإنّ المفروض أنّه يخرج عن ملكه بسبب هذه الإجازة، وهذا المقدار يكفي في صحتها ولا نسلم توقفها على الملكية الفعلية حينها. ومثل هذا الجواب لا يجرى فيما نحن فيه [مسألتنا] فإنّ صحة العقد الثاني لا يكفي فيها الملكية التقديرية بل لابدّ من الفعلية ولو لا تعبيره بالاستصحاب أمكن حمل كلامه على ما ذكرنا، بأنّ يكون مراده من الملكية الظاهرية والصورية ما ذكرنا من التقديرية، ولكن مع هذا التعبير لا مفرّ من ورود ايراد المصنف [الشيخ الأعظم] عليه»[1].

---

(١) حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠.

مراده: من الملكية التقديرية هي الملكية اللولائية: أعني لو لا الإجازة كان المال ملكاً له كما صرح بها في أوّل كلامه، وهذه «نظير الصحة اللولائية في باب النذر، كما إذا نذر ترك الصلاة في الحمام، فإنّ الناذر لا يقدر على الصلاة الصحيحة إلّا بإرادة الصحة لو لا النذر»[١].

وتبعه تلميذه المحقّق الشهيدي[٢].

ولكن يرد عليه: أنّ المستفاد[٣] من ظاهر الأدلة في باب المعاملات وصحتها الملكية الفعلية لا الملكية التقديرية.

٢ـ إجابة المحقّق النائيني عن إشكال اجتماع المالكين على ملك واحد في مسألتنا

ذهب ﷺ إلى أنّ المستحيل هو اجتماع المالكين العرضيين وأمّا اجتماع المالكين الطوليين فلا استحالة فيه قال: «وأدلّ الدليل على إمكانه وقوعه كما في ملك العبد الذي يملكه المولى، وإنّما الممتنع اجتماع مالكين عرضيين ففي المقام حيث إنَّ ملك المجاز له مترتّب على ملك المجيز وقوامه به فاجتماعهما لا يضرّ»[٤].

واعترض عليه المحقّق السيّد الخوئي[٥]ﷺ بأنّ لم يجد مالكان طوليان في المقام وقال: إذ لا طولية لملكيّة المشتري والمالك المجيز ـ لأنّ المالك لا يملك المشتري ليملك ما ملكه بتبعه ليكون ملك أحدهما في طول ملك الآخر ـ وليس في المقام إلّا كون مالكية المشتري معلولة لمالكية المجيز وهما مالكان مستقلان عرضيان فما ذكره من الإجابة غير تام.

٣ـ جواب المحقّق الايرواني

قال في توضيح جواب المحقّق التستري في كفاية الملكية الصورية الظاهرية:

---

(١) كما في هدى الطالب ٥/٢٧٣.

(٢) هداية الطالب ٣/١٣٩.

(٣) كما صرّح به الفقيه الشر يعتمداري في تحقيقٌ وتقريراتٌ في باب البيع والخيارات ٣/٦٢.

(٤) منية الطالب ٢/١١٩.

(٥) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٣٤، التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٦.

«مراده من الملك ظاهراً كونه محكوماً بأنّه ملك للمجيز وإن لزم من صحة الإجازة، عدم كشفها كونه ملكاً له في زمان الإجازة ونظيرها في ذلك الإقرار على ما في اليد بأنّه للغير فإنّه يكفي في نفوذ الإقرار كون ذلك له بمقتضى يده لو لا إقراره وإن لزم من نفوذ إقراره عدم كونه له.

بل يمكن أن يقال: يكفي في صحة الإجازة ونفوذها ملك المجيز حال العقد، فإنّ الإجازة تجعل العقد الصادر من الفضولي في قوّة الصادر من المالك في ذلك الزمان، والعقد الصادر من المالك في ذلك الزمان يؤثر في ذلك الزمان.

وخلاصة بيانه هو: أنّه لايستفاد من أدلة اعتبار طيب نفس المالك في حِلّ ماله إلّا عدم ارتفاع ملك أحد إلّا بطيب نفسه، أمّا كون ذلك الارتفاع بعد طيب النفس ليلزم أن يكون في رتبة سابقة على طيب النفس مالكاً فلا، فيمكن أن يكون المال بطيب نفس متأخر منتقلاً عنه في زمان سابق وهو زمان تعلّق رضا المالك بتحقق الانتقال فيه كما هو مبنى القول بالكشف فيكون النقل حاليّاً والمنتقل أمراً سابقاً كما في عكسه من النقل الحالي والمنتقل الاستقبالي»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: قياسُهُ بباب الاقرار لا يتم لأنّ الملكين في باب الإقرار إمّا فظاهريان أو أحدهما ظاهريٌّ والآخر واقعيّ وإمكان اجتماعهما واضح ولكن في الفضولي يكونان واقِعِيَّيْنِ ولا يمكن اجتماعهما.

وثانياً: الظاهر من قوله ﷺ: «لا بيع إلّا في ملك» هو وقوع البيع في الملكية الفعلية لا الملكية السابقة، فلابدّ من صدور الإجازة في الملك الفعلي لمالك العين.

٤ـ إجابة المحقّق الأصفهاني

قال: «ويندفع الاشكال العام: بأنّ اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هي إجازة غير لازم، بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل ليكون النقل عن ملكه، فللمالك نقل ملكه مباشرةً وتسبيباً واجازةً، وحيث أنّ زمان العقد على الكشف زمان التصرف

---

(١) الحاشية على المكاسب ٢/٢٨٨.

الناقل لفرض شرطية المتأخر، فزمان تحقّق العلّة الموجبة للنقل هو زمان العقد، وهو مالك بملكية متصلة بزمان العلّة الموجبة، والنقل منه في هذا الزمان نقل لملكه إلى غيره.

وبالجملة: كما أنّ الملكية الفعلية المتصلة بحال العقد مباشرة تصحح النقل، كذلك هذه الملكية تصحح النقل من حين العقد...»(١).

ويرد عليه: لو قلنا بكفاية الملكية حال العقد وعدم لزوم اتصالها بزمان الاجازة، وعدم اتصال الملكية بزمن الإجازة حتّى على نحو الملكية الظاهرية الصورية ـ كما عليه الشيخ التستري ـ أو الملكية التقديرية اللولائية ـ كما عليه السيّد اليزدي ـ يلزم من هذا القول صحة الإجازة ولو بعد خروج العين عن ملكية المالك الأصلي، فحينئذ فلو باع الفضولي ثمّ باع المالك الأصلي ما باعه الفضولي، ثمّ أجاز المالك بعد بيعه مباشرة، لابدّ من القول بصحة هذه الإجازة وصحة بيع الفضولي وبطلان بيع المالك الأصلي ولم يقل به أحد.(٢)

٥ـ إجابة المحقّق السيّد الخوئي:

قال: «والصحيح أن يقال: إنّه بناءً على الكشف الحقيقي لا مانع الالتزام بكفاية الإجازة عن من يخرج عن المالكية بنفس الإجازة، أي الإجازة معتبرة عن مَنْ هو المالك لو لا الإجازة، بأن تكون الاجازة فعلاً بيعاً للمال السابق. وهذا أمر ممكن في حدّ نفسه، نعم يحتاج إلى دليل في مقام الوقوع، فإنّا ذكرنا سابقاً أنّه لا مانع من بيع المالك فعلاً شيئاً من أملاكه منذ أُسبوع بأن يكون البيع فعليّاً [من الآن] والملكية من السابق فيما إذا وافقه دليل شرعي، فيكون بيع المالك الذي يخرج عن كونه مالكاً بنفس البيع صحيحاً وممكناً في حدّ نفسه، فيتملّك المشتري المال من قبل أُسبوع ولا بأس بالالتزام بذلك، نعم لابدّ من تتبّع الأدلة ليُرىٰ أنّها توافق هذا الممكن أم لا»(٣).

أقول: وأنت ترى بأنّه‏‏ جمع بين جوابي السيّد اليزدي والمحقّق الايرواني في

---

(١) حاشية المكاسب ٢/٢١٨.

(٢) يظهر هذا الايراد من السيّد الخميني في كتاب البيع ٢/٣٥٢.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٦.

صدر كلامه وذيله فيرد عليه ما أوردته عليهما فلا أُعيد.

والجواب الصحيح مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الأعظم[١] من ابتناء الاشكال على الكشف الحقيقي وأمّا على الكشف الحكمي فلا يجري الاشكال ولا يجتمع المالكان على ملك واحد كما مرّ آنفا في توضيح إشكاله الرابع على الشيخ التستري، ما مرّ منّا في الإجابة عن الاشكال الثاني الذي أورده الشيخ الأعظم على الوجه الثاني من وجوه الاستدلال على الكشف فراجع ما حررنّاه هناك[٢]، والحمد لله.

الاشكال الخامس[٣]:

قد عرفت أنّ الإجازة بناءً على الكشف الحقيقي تنتقل العين بِها من حين العقد إلى المشتري ويصيرُ مالكاً لها، فحينئذٍ يكونُ بَيْعُ المالِكِ الأوّل لها من المالك الثّاني المُجيز فُضوليّاً؛ لأنَّهُ وقع على ملك المشتري فتتوقف صحته على إجازته وعليه يلزم أن يَتَوَقَّفَ شراء المالك الثاني المجيز على إجازة المشتري، وصحة شراء الفضولي تتوقف على إجازة المالك المجيز فكلّ إجازة تتوقف على إجازة الآخر وكلّ ملك يتوقف على ملك الآخر وهذا من الأعاجيب لأنّه من الدور الذي يكون محالاً عقلاً.

بل لازم ذلك اجتماع الثمن والمثمن في ملك المشتري لأنّه إذا اشتراه مثلاً بخمسين دولاراً من المالك الثاني الفضولي المجيز وأجازه بعد ملكه تكشف إجازته عن ملك المشتري من حين العقد، وبعد ذلك إذا باعه المالك الأوّل من المالك الفضولي المجيز بنفس السعر، فقد وقع البيع على ملك المشتري فيرجع الثمن إليه لأنّه المالك من حين العقد فيملك المشتري بين الثمن والمثمن بعد البيع الثاني وهذا من المحالات الشرعية.

بل إذا باعه المالك الأوّل من المالك الثاني الفضولي المجيز بأكثر من الخمسين صارت تلك الزيادة في ملك المشتري.

نعم، لو باعه بأقل ممّا اشتراه به المشتري من المالك الفضولي ـ مثلاً بأربعين ـ يقع

---

(١) المكاسب ٣/٤٢٢.

(٢) الآراء الفقهية ٥/٣٩٦.

(٣) مقابس الأنوار /١٣٥.

العين في مقابل عشرة في المثال.

وأجاب **الشيخ الأعظم**[١] عن هذا الإشكال بأنّه كسابقه مبني على الكشف الحقيقي من حين العقد ولكنّ قد مرّ أنّ الصحيح هو الكشف في أوّل أزمنة إمكانه وهو يختلف باختلاف الموارد، ثمّ ذكر منشاء هذه الإشكالات شيء واحد وقد نبّه عليه في الإيضاح[٢] وجامع المقاصد[٣].

جواب السيّد اليزدي عن الاشكال الخامس

قال: «الحاجة إلى إجازة المشتري الأوّل ليست على كلّ تقدير، بل على تقدير إجازة العقد الأوّل [من جانب المالك المجيز] فيمكن أن يصح العقد الثاني بدون إجازة العقد الأوّل، ومعه فلا حاجة إلى إجازة المشتري الأوّل، ليقال إنّها [إجازة المشتري الأوّل] موقوفة على إجازة المشتري الثاني، فيتوقف صحد العقد الثاني على إجازة المشتري الثاني مع الواسطة...»[٤].

جواب الشيخ الأعظم عند المحقّق النائيني

يرى النائيني بطلان المعاملة: «لأنّ الإجازة انفاذ للعقد السابق وليس الكشف والنقل داخلين في مفهومها، إنّما الكشف والنقل حكم شرعي مترتب عليها... فعلى فرض الكشف إذا كان المنكشف باطلاً لأجل عدم تحقّق شرطه تلغو الإجازة، وأمّا تقطيع الملكية باعتبار استمرارها من زمان العقد... والحكم بكشف الإجازة عن حصولها في زمان يمكن حصولها وعدم حصولها في زمان قبله فهو خارج عن متعلّق الإجازة لأنّها تعلقت بالعقد الصادر عن المجيز كما لا يخفى...»[٥].

وقال: «إنّ الحق في الإجازة بناءً على الكشف هو الحكم بالبطلان فيما إذا تعذر

---

(١) المكاسب ٤٤٤/٣.

(٢) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٣) جامع المقاصد ٧٣/٤ و ٧٤.

(٤) حاشية المكاسب ٢٣٢/٢.

(٥) المكاسب والبيع ١٦٧/٢.

النقل من حين العقد لا الحمل على ما يمكن كما مرّ توضيحه»[١].

إجابة الفقيه الشريعتمداري عن الشيخ الأعظم

يرى السيّد الشريعتمداري جواب الشيخ الأعظم صحيحاً في مقام الثبوت وأمّا في مقام الإثبات وإقامة الدليل عليه فلا يخلو من الاشكال.

وذهب إلى: «أنّ المطالب والمسائل هنا [في المعاملات] عرفيٌّ والإجازة كان لها حكم العقد المستأنف كانت تراضيا مستانفاً... فيمكن حينئذ القول بأنّ العرف يلغى الخصوصيات والأصل سلطنة المالك واجازته عقد الفضولي أو عدمها، والمسألة مسألة عرفية بناءً على هذا الممشى، [و] إقامة الدليل على الصحة في كلِّ مورد حيث يمكن لا تخلو عن إشكال»[٢].

الجواب المختار للإشكال الخامس

العقد الثاني أي الذي وقع بين المالك الأصلي والمالك الثاني المجيز ليس للمشتري مدخلية فيه، لأنّه وقع قبل صدور الإجازة من المجيز وانتقال الملك إليه فعليه المالك الأصلي يبيع ملكه والمالك الثاني المجيز يشتري لنفسه وبماله وليس للمشتري دخالة في هذا العقد، نعم بعد هذا البيع انتقل المال إلى المالك الثاني المجيز فينتقل منه إلى المشتري من دون حاجة إلى الإجازة المستأنفة كما هو المختار أو بعد صدور الإجازة منه، ومنهما ـ أي من أوّل أزمنة نقل الملكية إلى المالك المجيز أو بعد صدور الإجازة منه ـ صار المشتري مالكاً ولكن مبدأ ملكيته يكون من حين شرائه ـ بناءً على الكشف الحقيقي، ولا إشكال في التفاوت بين زماني المالكية والملكية بلا فرق بين أنّ مبدأ الملكيّة يكون متقدماً على زمان المالكية ـ كما في ما نحن ـ أو متأخراً عنه كما في الوصية التملكية.

فَنَحْنُ لا نحتاج إلى ما ذكره الشيخ الأعظم من قضية الانتقال في ما نحن فيه من

---

(١) المكاسب والبيع ٢/١٧٥.

(٢) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٣/٧١.

أوّل أزمنة الإمكان لأنّ الفرق الزماني بين المالكية ومبدأ الملكية موجود.

مضافاً إلى امكان قبول مقالة الشيخ الأعظم من دون إشكال عليه لأنّ العمومات والاطلاقات الواردة في صحة بيع الفضولي تَقْتَضِيْ صحة بيع مسألتنا ولكنَّ هنا مانِعاً يمنع مِنْ جَرَيانِ أدلة الصحة وهو عدم مالكية البائع ففي أيّ آنٍ ارتفع هذا المانع، تجري أدلة الصحة ويحكم بها، فمقالة الشيخ الأعظمؒ تامَّةٌ عندنا، والحمد لله.

الاشكال السادس:

بيع المالك الأصلي فسخ للمعاملة الفضولية فلا تجدي الإجازة المتأخرة بعد الفسخ، فعقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أُولىٰ منها، فكما أنّ التصرف المنافي مبطل لها كذلك للعقد الفضولي.[١]

وبعبارة أُخرى: «أنّ من المعلوم أنّه يكفى في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولمّا باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه وتملّك الثمن وهو لايجامع صحة العقد الأوّل، فإنّها تقتضي تملّك المالك للثمن الأوّل، وحيث وقع الثاني يكون فسخاً له وإن لم يعلم بوقوعه فلا يجدي الإجازة المتأخرة»[٢].

وبعبارة ثالثة: الردّ الفعلي كافٍ في بطلان العقد الفضولي والمالك ببيعه المال قد ردّ العقد فلا يبقىٰ هناك مورد للإجازة من البائع بعد ذلك»[٣].

إجابة الشيخ الأعظم[٤]

فسخ عقد الفضولي هو إنشاء ردّ العقد، والفسخ هنا غير معلوم لعدم العلم بقصد المالك الأوّل إنشاء الفسخ بالفعل المنافي ـ لاسيّما مع جهله بوقوع عقد الفضولي على ماله ـ ومع عدم إحراز الفسخ لا وجه للحكم بردّ عقد الفضولي.

نعم، الفعل المنافي قد يفوّت محلّ الإجازة نحو تزويج المرأة نفسها بغير مَنْ زوّجها

---

(١) مقابس الأنوار /١٣٥.

(٢) المكاسب ٤٤٤/٣.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢٧/٢.

(٤) المكاسب ٤٤٤/٣ و ٤٤٥.

الفضولي، وفي موردنا يفوّت محل الإجازة بالنسبة إلى المالك الأوّل الأصلي وأمّا محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك الثاني المجيز فإنَّهُ يكونُ باقيّاً وإجازته تُصَحِّحُ بيعه الأوّل مع المشتري.

وبالجملة: إن أراد التستري مع البيع الثاني ـ أي بيع المالك الأصلي من المالك الثاني المجيز ـ إبطال أثر عقد الفضولي بالنسبة إلى المالك الأوّل فهو تام لأنّ بعد بيعه ليس له مال حتّىٰ يجيز عقد الفضولي الواقع عليه.

وإن أراد من البيع الثاني إبطال أثر عقد الفضولي مطلقاً حتّى بالنسبة إلى المالك الثاني المجيز فهو غير تام، لأنّ الثاني مالك ويريد إجازة هذا العقد فينفذ في حقّه.

وتوهّم التعبير عن البيع الثاني بأنّه ردّ لعقد الفضولي وظاهر في بطلان عقد الفضولي مطلقاً، باطلٌ لعدم الدليل على هذا الإطلاق وإمكان بقاء العقد بالنسبة إلى المالك الثاني المجيز.[١]

وقياس البيع الثاني بالنسبة إلى بطلان عقد الفضولي مطلقاً ببطلان عقد الجائز بالتصرف المنافي له من بيع أو هبة أو صلح أو غيرها، ليس في محلّه «لأنّ صحة تصرف المنافي تتوقّف على فسخ العقد وإلّا وقع في ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه فإنّ تصرّف المالك في ماله المبيع فضولاً صحيح في نفسه لوقوعه في ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الأمر أنّه إذا تصرّف فات محلّ الإجازة»[٢].

«ومن ذلك يظهر ما في قولهﷺ أخيراً: «وبالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة بل اولى»[٣]، فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث [الفضولي] على المتزلزل من حيث البقاء [العقود الجائزة] قياس مع الفارق فضلاً عن دعوى الاولويّة»[٤].

(١) راجع المكاسب ٤٤٥/٣.

(٢) المكاسب ٤٤٦/٣.

(٣) مقابس الأنوار /١٣٥.

(٤) المكاسب ٤٤٦/٣.

الاشكال السابع: الروايات الناهية

قال التستري: «ويدل على ما اخترناه [البطلان]: الأخبار المعتبرة المستفيضة، منها: جملة من الأخبار المتقدمة في الموضوع الأوّل...»(١).

قال الشيخ الأعظم مستدلاً له: «الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك فإنّ النهي فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، وإمّا لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة ـ كما استظهرناه سابقاً(٢) ـ فيكون دالاًّ على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملّكه بعد البيع، وإلّا فعدم وقوعه له قبل تملّكه ممّا لا يحتاج إلى البيان»(٣).

وهنّ على طوائف:

الطائفة الاولى: المطلقات

منها: صحيحة سليمان بن صالح الجصاص عن أبي عبدالله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث: وعن بيع ما ليس عندك، الحديث.(٤)

ومنها: صحيحة الصفار حيث وقّع أبومحمّد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في جواب مكاتبته: لا يجوز بيع ما ليس يملك، المكاتبة.(٥)

ومنها: النبوي العامي: لا تبع ما ليس عندك.(٦)

ومنها: النبوي العامي الآخر: لا بيع إلّا في مايملك.(٧)

---

(١) المقابس الأنوار /١٣٥.

(٢) راجع المكاسب ٣٦٨/٣.

(٣) المكاسب ٤٤٦/٣ و ٤٤٧.

(٤) وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٥) وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٦) سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢، ح٢١٨٧، ومرّت بقية مصادره في الآراء الفقهية ٢٦٤/٥.

(٧) سنن الترمذي ٤٨٦/٣، ح١١٨١، ومرّت بقية مصادره في الآراء الفقهية ٢٦٨/٥.

وأنت ترى بأنّ هذه الروايات مطلقة وتشمل مسألتنا بإطلاقها وكذا تشمل بيع الكلي والشخصي، لأنّ البائع في ما نحن فيه يبيع مال الغير لنفسه، ولكن لو ثبت مقيِّدٌ تأخذ به لأنَّ الإطلاق قابل للتقييد.

الطائفة الثانية:

مادلّ على المنع عن بيع الأعيان الخارجية الشخصية فيما إذا لم يملكها البائع:

منها: صحيحة يحيى بن الحجاج قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها.[١]

والمراد بالجملة الأخيرة «لا تواجبه البيع...»، أي لا تُنْشِيء ايجاب البيع قبل إيجاب شرائك من مالكه.

ومنها: معتبرة خالد بن الحجاج قال: قلت: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام ويحرم الكلام.[٢]

وفي بعض نسخ الكافي الشريف[٣] الراوي الأخير هو خالد بن نَجِيْح ولكن لم أجد رواية يحيى بن الحجاج عنه وتأخر طبقته عنه[٤] ولذا اختار المحقّق السيّد الخوئي[٥] انّ الصحيح بالنسبة إلى الراوى الأخير هو خالد بن الحجاج، ولكن بنظري القاصر وجود ابن نجيح لا يضرّ باعتبار السند لأنّ النجاشي[٦] ذكره ولم يطعن عليه فهو عندي إمامي معتبر مضافاً إلى رواية مشايخ الطائفة نحو ابن ابيعمير وصفوان بن يحيى وعثمان بن عيسى

---

(١) وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح١٣، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح٤.

(٣) الكافي ١٧٥/١٠، ح٦ (٢٠١/٥).

(٤) راجع معجم رجال الحديث ١٨/٧، الرقم ٤١٦٨، و ٣٩٢/٧، ٣٥/٧، الرقم ٤٢١٧.

(٥) معجم رجال الحديث ٣٨/٧.

(٦) رجال النجاشي /١٥٠، الرقم ٣٩١.

عنه، هذا بالنسبة إلى السند.

وأمّا الدلالة: فَقَدْ قال صاحب المقابس في تقريب الاستدلال بها: «والمراد بالكلام عقد البيع فإنّه يُحل نفيّاً و يحرِّم إثباتاً، أو يُحلّ ثانياً ويحرِّم أوّلاً. والمراد أنّ الكلام الذي جرى بينهما قد يحلِّل وقد يُحرِّم بحسب اختلافه، فإن كان بطريق الإلزام حرمت المعاملة بذلك، وإن كان بطريق المرضاة من دون إلزام وإنّما يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف كانت حلالاً»(١).

وقال قبله الفيض: «الكلام هو إيجاب البيع وإنّما يُحَلِّلُ نفيّاً ويُحَرِّمُ إثباتاً»(٢).

مراده: إيجاب البيع الأوّل يحلِّل العقد لو لم يكن، ويحرّمه لو كان، وهو كلامٌ.

وقال المجلسي: «قوله: «يحلّل الكلام» يعني إذا قال الرجل: اشتر لي هذا الثوب، لا يجوز أخذ الربح منه، وليس له الخيار في الترك والأخذ لأنّه حينئذ اشتراه وكالة عنه، وإن قال: اشتر هذا الثوب لنفسك وأنا اشتريه منك وأربحك كذا وكذا يجوز أخذ الربح منه وله الخيار في الأخذ والترك»(٣).

وقال الشيخ الأعظم بعد نقل مقال الفيض: «... أو يحلِّل إذا وقع بعد الاشتراء ويحرّم إذا وقع قبله، أو أنّ الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرّم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلِّل إذا كان على وجه المساومة والمُراضاة»(٤).

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: اُبْتَعْ لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئة، فَاْبتاعَهُ الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه.(٥)

«المراد بالمتاع الذي يرجع إليه ضمير «أشتريه» لايصح أن يكون معنىً كليّاً، لأنّ

---

(١) مقابس الأنوار /١٣٥.

(٢) الوافي ١٨/٧٠٠، ذيل ح ١٨١٤٤.

(٣) مرآة العقول ١٩/٢٢١.

(٤) المكاسب ٣/٤٤٨.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/٥١، ح٨.

الكلّي والنكرة غير المعينة غير قابل للاشتراء»[١].

ومنها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله‌عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه.[٢]

أقول: نأخذ بهذه الطائفة الثانية ونحكم ببطلان بيع الأعيان الخارجية الشخصية لو لم يملكها البائع قبل البيع لكن بشرط ايجاب البيع قبل المالكية وأمّا إذا لم يجب البيع ولم يلزمه بل كان على وجه المُرْاضاة والاختيار، أو البيع الملزم يكون بعد شراء البائع وملكيته بعقد جديد مستأنف فلا إشكال ويحكم بصحته كما ورد في الروايات.

الطائفة الثالثة:

ماورد في المنع عن بيع الكلّي.

منها: صحيحة معاوية بن عمار قال: قلت لأبي عبدالله‌عليه السلام يجيئني الرجل يطلب [مني][٣] بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقاولني عليه وأُقاوله في الربح والأجل حتّىٰ نجتمع على شيء، ثمّ اذهب فأشترى له الحرير فأدعوه إليه، فقال: أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس.[٤]

ولكن هذه الطائفة لابدّ من أن تحمل على التقية لأنّ أبناء العامة[٥] يذهبون إلى عدم جواز بيع الكلّي حالاًّ، وقد وردت عدّة من الروايات من أئمتناعليهم السلام على جوازه، سأذكر لك بعضها، أو تحمل على الكراهة جمعاً بينها وبين الروايات المجوّزة.

ومن الروايات المجوّزة: صحيحة اسحاق بن عمار وعبدالرحمن بن الحجاج جميعاً قال: سألت أباعبدالله‌عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢٨/٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٥٠، ح٦.

(٣) زيادة من نسخة.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/٥٠، ح٧.

(٥) راجع المغني ٢٩٧/٤.

منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنّهم يفسدونه عندنا، قال: وأيّ شيء يقولون في السلّم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون: هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثمّ قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه [حالاً] وإلى أجل، فقال: لا يسّمىٰ له أجلاً، إلّا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً.(١)

والنقض عليهم في عدم جواز بيع الكلّي حالاً ببيع السلم يظهر أيضاً من صحيحة أُخرى من عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي عبداللهعليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتاع فأُقاوله على الربح ثمّ اشتريه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال، لا بأس به، قلت: فإنّ مَنْ عندنا يفسده، قال: ولِمَ؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: فما يقول في السَلَم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فإنّما صلح من أجل أنّهم يسمّونه سَلَماً، إنّ أبي كان يقول: لا بأس ببيع كلّ متاعٍ كنتَ تجده في الوقت الذي بعته فيه.(٢)

والجملة الأخيرة: «إنّ أبي كان...» صريحة في جواز بيع الكلّي ولو لم يملكه البائع حين البيع ولكنّه متمكن من تهيؤه في زمن التحويل حالاً كان أو مؤجلاً. كما يدلّ عليه أيضاً خبر أبيالصباح الكناني عن الصادقعليه السلام في رجل اشترى من رجل مائة منٍّ صفراً بكذا وكذا وليس عنده ما اشترى منه، قال: لا بأس به إذا وفاه الذي اشترط عليه.(٣)

والحاصل: بيع الكلّي حالاً عندنا جائز ولو لم يكن البائع حين البيع مالكاً له، فلا يمكن الأخذ بالطّائِفَةِ الثالثة.

وبالجملة: الطائفة الأُولىٰ وهي المطلقات تقيّد بالطائفتين الثانية والثالثة ويحكم بصحة بيع الأعيان الشخصية قبل تملّكها بالبيع الجائز لا اللازم، وصحة بيع الكلّي في الذمّة حالاً ولو لم يكن البائع مالكاً له.

---

(١) وسائل الشيعة ٤٦/١٨، ح١، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح٣.

(٣) وسائل الشيعة ٤٨/١٨، ح٤.

ويبقى تحت الإطلاق بيع الأعيان الشخصية بالبيع اللازم، بيع مال الغير من دون إذنه وإجازته لمالكه أو لنفسه.

وأمّا المختار في المسألة

فنقول بالنسبة إلى مسألة «مَنْ باع شيئاً ثمّ ملكه» إنّ البيع صحيح من دون توقف على الإجازة المستانفة من البائع إذا كان المبيع كلّيّاً مطلقاً ـ أي حالاً أو مؤجلاً ـ وأمّا إذا كان المبيع عيناً شخصيّاً جزئياً فمع الإجازة المستأنفة نحكم بصحته مراعاةً للطائفة الثانية من الروايات حيث ورد فيها عدم إيجاب البيع والإحتياج إلى الإجازة الجديدة يكفي في عدم لزومه وإيجابه.

وظهر ممّا ذكرنا حكم صُوْرَتَيِ المسألة ٱللَّتَيْنِ كانَتا مُهِمَّتَيْنِ وهما:

الأُولى: أن يبيع الفضولي لنفسه ثمّ يشتريه من مالكه وأجاز البيع، يحكم بصحتها في فرضي المبيع ـ أي إذا كان كلّيّاً أو شخصيّاً ـ إذا بقى المشتري على بيعه في الأخير.

الثانية: أن يبيع الفضولي لنفسه ثمّ يَشْتريه من مالكه ولم يجز البيع يحكم ببطلانه إذا كان المبيع شخصيّاً لأنّه يحتاج إلى الإجازة المستأنفة، وبصحته إذا كان المبيع كلّيّاً في الذمّة لأنّه لا يحتاج إليها.

وما ذكرناه لا يختلف مع مقالة العلّامة في التذكرة حيث يقول: «لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلّمها وبه قال الشافعي وأحمد ولا نعلم فيه خلافاً، لنهي النبيّ ﷺ عن بيع ما ليس عندك ولاشتماله على الغرر فإنّ صاحبها قد لا يبيعها وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها.

وأمّا إذا اشترى موصوفاً في الذمّة سواء كان حالاً أو مؤجّلاً فإنّه جائز. وكذا لو اشترىٰ عيناً شخصية غائبة مملوكة للبائع موصوفة بما يرفع الجهالة فإنّه جائز إجماعاً»(١).

لأنّا نحمل حكمه﷿ بعدم الجواز في فرض العين الشخصية الخارجية على البيع

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠/١٦.

اللازم الواجب وأمّا إن كان غير لازم واحتاج إلى الإجازة المستأنفة من المالك الجديد والمشتري فلا بأس به ويخرج من الحكم بالبطلان وادعاء عدم الخلاف فيه. هذا.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملّكه لم يَدْخُلْ في مورد الأخبار ولا في معقد الإجماع»[1].

وحكم بقية الصور يظهر ممّا ذكرنا بالدقة والتأمل، والحمد لله على كلِّ حالٍ.

فروع:

الأوّل: ما مرّ من الشيخ الأعظم آنفاً من قوله‏ﷺ: «لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة...»[2] الخ.

مراده‏ﷺ: لو تبايعا ـ قبل أن يتملك البائعُ المبيعَ ـ على أن يكون البيعُ موقوفاً على الإجازة وحصلت الإجازة من البائع الفضولي بعد انتقال المبيع إليه، لم يَدْخُلْ هذا الفرع في الأخبار الناهية ولا في معقد الإجماع ـ على فرض تحققه ـ. لأنّها تختصّ بانشاء البيع منجّزاً غير مترقب لإجازة المالك وكذلك الإجماع. والمفروض في هذا الفرع ترقب الإجازة وكون البيع موقوفاً عليها.

الثاني: «لو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملّك البائع دون إجازته»[3] لم يدخل في الأخبار الناهية لأنّ موردها خصوص بيع المنجّز من جميع الجهات وأمّا الموقوف على تملك البائع الفضولي فهو خارج عن مورد الروايات ومحكوم بالصحة.

واستشهد الشيخ الأعظم بكلام العلّامة في المختلف بأنّه حمل الأخبار الناهية على الكراهة حيث يقول: «... والنهي الوارد عن النبيﷺ للكراهة، أورد عن الشيء المشخص الذي في ملك الغير فإنّه لا يصح بيعه لأدائه إلى التنازع، إذ ربما يمنع مالكه من

---

(١) المكاسب ٣/٤٥٥.

(٢) المكاسب ٣/٤٥٥.

(٣) المكاسب ٣/٤٥٥.

بيعه والمشتري يطالب البائع به، وأمّا الغرر الذي ادّعاه فليس في هذا الباب من شيء»[١].

وبكلامه الماضي في التذكرة: «لاشتماله على الغرر فإنّ صاحبها قد لا يبيعها وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها»[٢]، «حيث علّل [العلّامة] المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم»[٣] ولا يأتي التعليلان في هذا الفرع.

ثمّ اعترض على الشهيد في مقالته: «... وكذا لو باع ملك غيره ثمّ انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده...»[٤].

بقوله: «ولكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأُولى [وهو البيع المنجّز أي غير موقوف على إجازة المالك الأصلي أو البائع الفضولي بعد تملّكه] وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجّز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيءٍ»[٥].

أقول: حُكْمُ هذَيْنِ ٱلْفَرْعَيْنِ بناءً على ما اخترناه في أصل المسألة واضح وهو الصحة بِلا فرق بين أن يكون المبيع كلّيّاً في الذمة أو شخصيّاً. لما مرّ في وجه الجمع بين الطوائف الثلاث من الروايات لا لما ذكره الشيخ الأعظم من ٱدِّعاءِ الظهور.

الثالث: قال الشيخ الأعظم: «ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه فالظاهر أيضاً الصحة، لخروجه عن مورد الأخبار»[٦].

وجه خروجه عدم وقوعه منجّزاً من جميع الجهات لأنّه يحتاج إلى إجازة البائع.

إن قلت: البائع أنشا البيع عن المالك وإجازته لا تُصَحِّحُهُ لأنّه لم ينشأه عن نفسه حتّى تصححه إجازته، والحاصل: المجاز غير منشأٍ والمنشأُ غير مجازٍ.

قلت: المالك في عكس هذه المسألة ـ وهو ما لو باعه الفضولي لنفسه واجازه

---

(١) مختلف الشيعة ١٣٢/٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦/١٠.

(٣) المكاسب ٤٥٦/٣.

(٤) الدروس ١٩٣/٣.

(٥) المكاسب ٤٥٥/٣.

(٦) المكاسب ٤٦٥/٣.

المالك لنفسه ـ أجاز المعاوضة الحقيقية وهي دخول العوض في ملك مالك المعوّض، وفى هذه المسألة أيضاً كذلك، البائع المُنشأ أجاز البيع بعد انتقال المبيع إليه من قبله ويدخل الثمن في ملكه، لتحقّق هذه المعاوضة الحقيقية في المقام.

ثمّ أمر الشيخ الأعظم[١] بالتأمل في هذا الجواب ووجهه وجود الفارق بين المسألتين لأنّ في العكس بنى البائع اعتقاداً أو عدواناً على كونه مالكاً وقصد المعاوضة وهذه الحيثية البنائية هي المُصَحِّحةُ في عكس مسألتنا ولكن فيها لم يدّعِ البائع المالكية لنفسه لا اعتقاداً ولا عدواناً فلم تَحْصَلْ له الحيثية البنائية ـ وهي الملكية المدعاة ـ فلم تتحقّق المعاوضة، ويكون المجاز غير المنشأ.

أقول: لا يعتنىٰ بهذا الاشكال ويحكم بِصِحَّةِ البيع بعد إجازته لصدق مسألتنا «من باع شيئاً ثمّ ملكه» في المقام.

الرابع: قال الشيخ الأعظم: «ولو باع [الفضولي مال الغير] لثالث معتقداً لتملّكه أو بانياً عدواناً، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك [لتحقّق المعاوضة الحقيقية كما مرّ] وإن ملكه الثالث وأجازه، أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنّه داخل في المسألة السابقة»[٢].

ويحكم بصحته كما مرّ في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه.

وأمّا الصورة الثانية[٣]:

فهي أن يتجدّد الملك بعد العقد، ولم يجز البائع بعد تملّكه.

وبعبارة أُخرى: أن يبيع الفضولي مال غيره لنفسه ثمّ يشتريه من مالكه ولم يجزه.

قال الشيخ الأعظم: «... فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل [أي بيع الفضولي] [١] لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً، [٢] مضافاً إلى قاعدة تسلّط الناس على أموالهم،

---

(١) المكاسب ٣/٤٥٦.

(٢) المكاسب ٣/٤٥٦.

(٣) عطف على الصورة الأُولى في صفحة ٢٩ من هذا المجلد.

[٣] وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس...»[١].

ثمّ أشار إلى وهم ودفعه بتوضيح منّا:

وأمّا الوهم: فإنّ البائع الفضولي قبل تملّكه للمبيع ألتزم بكون المبيع ملكاً للمشتري، وهذا الالتزام أمارة على وجود طيب نفسه بذلك بعد تملّكه له.

وبعبارة أُخرى: بيع الفضولي كاشف عن طيب نفسه عن انتقال المال إلى المشتري مطلقاً سواءً انتقل إليه عنه [عن البائع] أو عن غيره.

وأمّا الدفع: فإنّ الالتزام كان متعلّقاً بمال غيره لا بمال نفسه حتّى يجب عليه الوفاء به، وليس للبائع سلطانٌ على جعل مال الغير للمشتري.

ثمّ قال: «اللهم إلّا أن يقال: إنّ مقتضىٰ عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كلِّ عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه، وإن كان قبل ذلك أجنبيّاً لا حكم لوفائه ونقضه»[٢].

بعبارة أُخرى: «مقتضىٰ عموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود ووجوب وفاء المؤمنين بشروطهم وجوبُ الوفاء على كلّ عاقدٍ وشارطٍ، والبائع الفضولي بعد تملّكه للمبيع يندرج تحت عموم هذين الدليلَيْنِ العامَّيْنِ بعد أن كان قبل تملّكه أجنبيّاً عن أفراد هذين الدليلين...»[٣].

فتكون النتيجة: صحة عقد الفضولي بمجرّد تملّكه للمبيع وعدم احتياجه إلى الإجازة.

ولذا قال فخرالمحقّقين: «أقول: على تقدير صحة بيع الفضولي فإنّه إذا أجازه المالك صح البيع وملك المشتري...»[٤].

أي: إذا اشترىٰ البائع الفضولي المال من مالكه صح بيعه الفضولي وينتقل منه إلى

---

(١) المكاسب ٣/ ٤٥٧.

(٢) المكاسب ٣/ ٤٥٧.

(٣) هدى الطالب ٥/ ٣٣٩.

(٤) إيضاح الفوائد ١/ ٤١٩.

المشتري من دون توقف على إجازته. كما حمل المحقّق التستري[١] كلام الفخر كذلك.

ثمّ قال التستري: «... وهو الذي يلوح من الشهيد الثاني في هبة المسالك[٢] وقد سبق استظهارهُ من عبارة الشيخ[٣] المحكية في المعتبر[٤]»[٥].

أقول: قد مرّ[٦] في محتملات المسألة وأقوالها، أنّ القول بالصحة من دون التوقف على إجازة البائع بعد تجدد الملك له يظهر من الشيخ الطوسي والمحقّق في الشرائع والعلّامة في مُتاجِر القواعد وهبتها وبيع التذكرة ويراه الأقوى في النهاية وهو مختار جدنا الشيخ جعفر‏‏.

ولكنّ خلافاً للشهيد الثاني في المسالك حيث كان من القائلين بالصحة مع توقفها على الإجازة فراجع ما حررناه هناك.

ولكن الشيخ الأعظم[٧] يضعِّفُ هذا القول ـ أي قول الشيخ والمحقّق والعلّامة ـ بوجوه:

الأوّل: إنّ البائع الفضول قبل تملّكه للمبيع لم يكن مأموراً بوجوب الوفاء بالعقد، لعدم شمول خطابي **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**، و «المؤمنون عند شروطهم» له فيستصحب عدم وجوب الوفاء بالعقد بعد تملّكه ولذا قال: «والمقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل»[٨].

وبعبارة أُخرى: الزمان تارةً يكون مكثِّراً للعام ومفرِّداً له ولأفراده، وأُخرى يكون

---

(١) مقابس الأنوار /١٣٤.

(٢) المسالك ٤٩/٦.

(٣) المبسوط ٢٠٨/١ و ٣٠٤/٣.

(٤) المعتبر ٥٦٣/٢.

(٥) مقابس الأنوار /١٣٤.

(٦) راجع هذا المجلد صفحة ٣٣ وما قبلها.

(٧) المكاسب ٤٥٨/٣.

(٨) المكاسب ٤٥٨/٣.

ظرفاً لاستمرار الحكم.

في القسم الأوّل إذا خرج من العام فردٌ من الأفراد في زمانٍ ما وبعد مضي ذلك الزمان نشك في جريان العام في حقّه وعدمه، يجرى حكم العام في شأنه لأنّه شك في تخصيص زائد والمرجع فيه هو عموم العام. دون استصحاب حكم الخاص في ذلك الزمان.

وفي القسم الثاني: إذا خرج فرد من العام في زمان وشُكّ بعد انقضاء ذلك الزمان في حكمه يستصحب حكم الخاص.

الشيخ الأعظمﷺ يرى ما نحن فيه من القسم الثاني واستصحاب حكم الخاص ثمّ أمر بالتأمل ولعلّهُ أشار به إلى عدم جريان الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع بل العلم بعدم بقائه لأنّ عدم وجوب الوفاء كان ثابتاً للعاقد غير المالك وبعد صيرورة البائع الفضولي مالكاً نشك في بقاء الموضوع فلا يجري الاستصحاب، فحينئذ يجري حكم العام ويحكم بوجوب الوفاء بالعقد والبقاء عند الشرط.

أو أشار به إلى أنّ العام في حقّ البائع الفضولي لا يجري إلّا بعد إجازته للعقد حيث بها يكون العقد عقده وينسب إليه.

ولو شكّ في صحة هذا العقد قبل إجازة العاقد الفضولي يجري فيه أصالة الفساد الحاكم في المعاملات.

الثاني: لزوم العقد على البائع الفضولي بدون إجازته يكون خلافاً لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

الثالث: لزوم العقد عليه يكون معارضاً لقاعدة عدم حلّ أموال الناس إلّا بطيب أنفسهم.

الرابع: فحوى مادلّ على عدم صحة عقد نكاح العبد بمجرد عتقه الموجب لصيرورته مالكاً لنفسه، وتوقف صحته على إجازة المولى التي تتحقّق بسكوته، حيث نعلم أنّ تملّك النفس أقوىٰ من تملّك المال في تأثيره في صحة العقد.

ننحو: موثقة الحسن بن زياد الطائي.[١]

وصحيحة معاويه بن وَهْبٍ[٢]، وصحيحة أُخرى له.[٣]

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «لو سُلِّم عدم التوقف [أي عدم توقف صحة العقد] على الاجازة، فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالث ثمّ ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل»[٤].

وجه أشكليته: عدم موافقة الإنشاء مع الإجازة، لأنّ البائع الفضولي لم ينشأ العقد عن نفسه، بل أنشأه عن مالكه أو ثالث فلا تصححه إجازته فيرد الإشكال المشهور: المنشأُ غير مجازٍ والمجاز غير منشأٍ.

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع وكالةً عن المالك فبان انعزاله بموت الموكِّل فلا إشكال في عدم وقوع البيع له [أي للبائع الفضولي] بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته»[٥].

وهذا الفرع ليس من فروع مسألة «من باع شيئاً ثمّ ملكه» بل هو من فروع الفضولي المتعارف فيقع البيع للوارث بعد إجازته.

إلى هنا تمّ كلام الشيخ الأعظم في هذه الصورة الثانية.

الصورة الثانية في رأي المحقّق النائيني ونقده على الشيخ الأعظم:

قال: «قد تقدّم[٦] أنّه لو قلنا بصحّة أصل البيع وعدم مانعيّة التبديل في طرف الملك فلا وجه لاعتبار الإجازة أصلاً، لأنّه لم يقم دليل تعبّديّ على اعتبارها، وإنّما نحتاج إليها

---

(١) وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح٣، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح١.

(٣) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح٢.

(٤) المكاسب ٤٥٨/٣.

(٥) المكاسب ٤٥٨/٣.

(٦) راجع منية الطالب ١١٨/٢.

في الفضوليّ؛ لتحقّق الاستناد والرضا، وهما في المقام حاصلان. فالعمدة بيان وجه أصل الصحّة. والأولى البحث أوّلاً عن إمكان إدراج هذا البيع في العمومات. ثمّ البحث ثانياً عن الأدلّة المانعة، لأنّه لو لم تعمّه العمومات فلا موقع للبحث عن الأدلّة المانعة.

ويظهر منه[1] ﷺ شمول **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** له، إلّا أنّه جعل المقام أوّلاً من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم الخاصّ، لا من موارد الرجوع إلى عموم العامّ، لأنّ البائع قبل تملّكه لم يكن مأموراً بالوفاء بالعقد فيستصحب. ثمّ أضاف إليه ثانياً: أنّ عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** معارض بعموم «الناس مسلّطون على أموالهم»، وعدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب النفس فحكم باعتبار الإجازة من باب الناس مسلّطون.

وفي كلامه[2] ما لا يخفى على المتأمّل، كما أمر بالتأمّل؛ لأنّ مقام الرجوع إلى الاستصحاب أو العامّ إنّما هو في الفرد المعلوم فرديّته الخارج عن حكم العامّ في قطعةٍ من الزمان، والبائع في المقام قبل أن يشتريه لم يكن مأموراً بالوفاء بعقده، وإنّما الشكّ في أنّه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفاء أو لا فهو قبل أن يشتريه لم يكن مصداقاً للعامّ، وكان كشخصٍ لم يكن عالماً في زمانٍ ثمّ صار عالماً؟ فلا يمكن أن يقال: هذا الفرد من العامّ لم يكن واجب الإكرام فيستصحب حكم المخصّص؛ لأنّ البائع خارج عن العامّ تخصّصاً، مع أنّه لو قيل بأنّ كل من له ربط بالعقد يجب وفاؤه به، إلّا أنّ محلّ الرجوع إلى حكم العامّ أو الخاصّ إنّما هو في مورد الشكّ بالنسبة إلى عمود الزمان، كالشكّ بعد زمان الأوّل في البيع الغبني بأنّه محكوم بحكم الخيار أو بحكم العامّ، لا فيما كان المخصّص من الزمانيّات، كما إذا خصّص وجوب الوفاء بالعقود بموردٍ خاصٍّ وشكّ في أنّ هذا هو المورد الخاصّ أو غيره.

ثمّ لايخفى أنّه لو قلنا بأنّ المقام من موارد الرجوع إلى عموم العامّ فلا يمكن أن يعارض بدليل السلطنة واعتبار الطيب، لأنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد هو لزومه عليه

(١) من الشيخ الأعظم في المكاسب ٤٥٨/٣.
(٢) أي الشيخ الأعظم.

قهراً، ووجوب الالتزام بآثاره شرعاً.

وحاصل الكلام: أنّه لا يمكن تصحيح البيع الشخصيّ لمن لا يملكه، سيّما إذا قصد البيع لنفسه؛ لأنّه لو صحّ له فلا يمكن وقوعه للمالك الأصيل إذا أجاز، مع أنّه لا إشكال في وقوعه له إذا أجاز قبل بيعه من البائع، لأنّ معنى وقوعه للبائع أنّه قصد خروج المال عن ملكه بعد فرض نفسه مالكاً بالأُوْل والمشارفة، فهو في الحقيقة يوقع المبادلة بين ملكه بما هو ملكه وبين ملك الطرف، فالمالك الأصيل أجنبيّ عن العقد، ولا يمكن قياسه على الغاصب؛ لأنّه بعد سرقة الإضافة يوقع المبادلة بين ملكي المالكين، ولا يلاحظ شخص نفسه إلّا على نحو الداعي، بل المقام نظير البيع الكلّي في إجراء البائع المعاملة على ملك شخصه.

وبالجملة: الأمر يدور بين أن يجعل البائع أجنبيّاً أو الأصيل. والمفروض أنّه يقع للأصيل إذا أجاز، فلا مناص عن[1] جعل البائع أجنبيّاً ويكون كمجري الصيغة.

وعلى أيّ حالٍ فقد ظهر ممّا ذكرنا من صدر المبحث إلى هنا أنّه لا فرق بين تحقّق الملك للبائع بالشراء وتحقّقه بالإرث.

نعم، هناك فرق بينهما من جهةٍ أُخرى، وهي: أنّ الوارث حيث إنّه يقوم مقام مورّثه فله الإجازة، لا من باب أنّه ملك ما باعه، بل من باب أنّه هو المورّث، فيكون حكمه حكم المالك الأصيل في نفوذ إجازته قبل بيعه من البائع، وحكمه حكم نفس المورّث لو أجاز حال حياته.

نعم لو قلنا: بأنّ في مسألة من باع ثمّ ملك بالشراء لا تَصحُّ الإجازة من المالك الأصيل، لعدم إمكان الجمع بين قابليّة انتساب العقد إلى كلّ من المالك والبائع، فالوارث في المقام أيضاً ليس له الإجازة من باب قيامه مقام مورّثه، بل هو من أفراد «من باع شيئاً ثمّ ملك» فالفرق بينهما لا وجه له. فتأمّل في أطراف الكلام جيّداً»[2].

---

(١) كذا؛ و «من» أحسن.

(٢) منية الطالب ٢/١٢٧ و ١٢٦.

الصورة الثانية في رأي المحقّق السيّد الخوئي ونقده على استاذه المحقّق النائيني

قال‏‏: «ثمّ إنّه إذا قلنا ببطلان بيع من باع ثمّ ملك فأجاز، ففي صورة عدم الإجازة بعد الملك يبطل بطريق أولى ولعلّه ظاهر. وأمّا إذا بنينا على صحّته مع الإجازة وأغمضنا عمّا ذكرناه سابقاً فهل يصحّ بدون الإجازة أيضاً كما نقله شيخنا الأنصاري[١] عن بعضهم، أو أنه بدون الاجازة باطل؟ هناك وجهان، والصحيح أنه يقع باطلاً في صورة عدم الإجازة، وذلك لأنه تارة يبيع للمالك ثمّ يملكه وأُخرى يبيعه لنفسه.

فأمّا في الصورة الأُولى فلا وجه لصحّته بعد الانتقال إليه في صورة عدم الإجازة، إذا المفروض أنّه لم يبع لنفسه لتقع المعاملة له بعد الانتقال إليه وذلك ظاهر.

وأمّا في الصورة الثانية فكذلك لا وجه لصحّته بدونها أي بدون الإجازة إلّا احتمال أنّ العمومات نحو **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ونحوه يشمله بعد الانتقال إليه وإن لم يشمله من الابتداء يعني قبل تملّكه، فلا يحتاج إلى الاجازة بعد ذلك.

إلّا أنه مندفع بأنّ العمومات لا تشمله حين المعاملة لأنه ليس بملكه، وبعد ما صار ملكه لم يقع عليه بيع لتشمله العمومات لأنّها خطابات للملّاك، وقبل الانتقال لا ملك لتشمله وبعده لا بيع حتّى نتمسّك في صحّته بالعمومات، وبهذا ظهر ما في جواب شيخنا الأنصاري‏ من أنّ المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فإنّ الدوران بين الأمرين إنّما هو فيما إذا كان هناك فرد وقد خرج عن حكم العام في زمان وبعده يقع الكلام في أنّ الفرد محكوم بحكم المخصّص بالاستصحاب أو أنه مشمول للعام وهو بحث مشهور، وهذا غير متحقّق في المقام إذ قبل التملّك لا فرد للعقد إذ لا عقد له قبل الانتقال إليه وقد عرفت أنه خطاب للملّاك دون غيرهم، وبعد الملك لا بيع ولا عقد له لتشمله العمومات، هذا.

ولو سلّمنا وبنينا على أنّ مقتضى العمومات صحّة البيع بعد الانتقال إليه فيكفينا في الحكم بالبطلان الأخبار المتقدّمة الدالّة على فساد البيع قبل الملك فتكون هذه الروايات

---

(١) المكاسب ٣/٤٥٧.

مخصّصة للعمومات.

فالمتحصّل أنه لا وجه للحكم بالصحّة من دون توقّف على الإجازة بوجه.

ومن ذلك يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ(١) من أنّ المعاملة إنّما تتوقّف على الإجازة لأجل أمرين: أحدهما الرضا. وثانيهما: الاستناد، وكلاهما حاصلان في المقام لأنّ المفروض أنه باعه لنفسه فلا نحتاج إلى الإجازة بعد الانتقال، من غرائب الكلام، لأنّ المعتبر من الرضا والاستناد إنّما هو رضا المالك واستناد العقد إليه، لا رضا غير المالك والاستناد إليه، وهو قبل الانتقال غير مالك فلا يكفي رضاه والاستناد إليه قبل الانتقال، وأمّا بعده فلم يحصل منه شيء من الأمرين بحسب الفرض.

نعم هناك صورة أُخرى ذكرناها في أوائل البحث وهي ما لو باعه فعلاً ما سيملكه بعد الموت في الارث أو بعد الشراء في البيع، وهذا على نحو التعليق بأن يكون الانشاء فعلياً والملكية بعد مدّة، والرضا والاستناد فيها صحيحان إلّا أنّها باطلة لأجل الإجماع على بطلان التعليق في العقود، والأخبار الناهية عن الشراء قبل أن يشتريه البائع من مالكه، وهذه الصورة خارجة عمّا نحن فيه، إذ الكلام فيما إذا كان البيع بحيث لو أجازه المالك صحّ، وهذا لا يصحّ ولو بإجازة المالك لاختلاله من ناحية أُخرى»(٢).

وأمّا ما ذكره شيخنا الأُستاذ(٣)ﭬ من أنّ الوارث قائم مقام مورّثه في الماليات فإذا أجاز المعاملة فكأنّ المورّث أجازها فتكشف عن الملكية من زمان حياة المورّث، فهو من غرائب الكلام، إذ لم يرد دليل على ذلك التنزيل ولم يدلّ شيء على أنّ الوارث كالمورّث في جميع الأحكام،بل إنّما ورد أنّ ما تركه الميّت فلوارثه، وهذا يكشف عن أنّ الميّت قد تركه وزالت ملكيته عنه والوارث شخص آخر غيره كما هو ظاهر»(٤).

---

(١) منية الطالب ٢/١٢٦.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/(٣٦-٣٤).

(٣) منية الطالب ٢/١٢٧.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٣٤.

الصورة الثانية في رأي المحقّق السيّد الخميني

قال‏: «ولو لم يجز البائع بعد تملّكه فالظاهر صحّة بيعه، سواء دخل تحت الأخبار المتقدّمة أم لا؛ لما عرفت من أنّها لا تدلّ على بطلان البيع.

نعم، يقع الكلام هاهنا في مقامين:

الأوّل: في أنّه هل يحتاج بيعه بعد تملّكه إلى الإجازة، أم ينتقل المبيع إلى المشتري بمجرّد تملّكه؟

الثاني: في وجوب الإجازة عليه لو قلنا: باحتياجه إليها.

[المقام الأوّل]:

الأشبه بالقواعد عدم الاحتياج، لأنّ إنشاء البيع صدر من البائع لنفسه، وعدم التأثير إنّما هو من جهة عدم الملك، فإذا حصل دخل في عموم ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وسائر الأدلّة العامّة، وإنّما الشكّ في عدم الانتقال؛ لأجل الشكّ في اعتبار مقارنة الملكيّة لإنشاء البيع.

وهو محصّل ما أفاده الشيخ الأعظم‏ من أنّ البائع بعد ما صار مالكاً، لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأوّل، والتزامه قبل تملّكه بكون هذا المال المعيّن للمشتري، ليس التزاماً إلّا بكون مال غيره له.[1]

وهو يرجع إلى اعتبار أمر زائد على ماهيّة العقد بشرائطه، وهو مالكيّة المنشئ للعقد لنفسه حال العقد، ومعلوم أنّ اعتبار ذلك ليس متيقّناً، بل مشكوك فيه، فيندفع بإطلاق الأدلّة كسائر الشكوك.

وهذا بوجه نظير ما إذا باع الراهن العين المرهونة، أو باع السفيه العين التي هي مورد حجره، ثمّ ارتفع المانع، فإنّهما أيضاً لايحتاجان إلى الإجازة، بل يصحّان بمجرّد رفع الحجر، واحتمال مقارنة الإنشاء مع عدم المانع، يُدْفَعُ بالإطلاق.

---

(١) المكاسب ٣/ ٤٥٧.

حول كلام الشيخ‏‏ في المقام

وعلى ما ذكر يسقط ما أفاده الشيخ‏ في المقام: من التمسّك بقاعدة السلطنة، وعدم الحلّ إلّا بطيب النفس[١]، فإنّ المعاملة التي أوجد البائع سببها باختياره وطيب نفسه، لم يكن النقل فيها بعد حصول الشرط ـ أعني المالكيّة ـ مخالفاً لقاعدة السلطنة وغيرها، نظير الأصِيْلِ في الفضوليّ من أحد الطرفين إذا أوجد سبب البيع باختياره وطيب نفسه، ثمّ أجاز المالك، وانتقل الثمن أو المثمن من الأصيل حال إجازة غيره، فإنّه لم يكن هذا الانتقال ـ بعد إيجاده أحد جزئي السبب ـ مخالفاً لقاعدة السلطنة واحترام مال الغير.

وإن شئت قلت: إنّ القاعِدَتَيْنِ مؤكّدتان للصحّة، لا معارضتان لها؛ فإنّ الانتقال لم يكن قهراً على البائع، بل بتسبيب منه، ومعلوم أنّ أسباب النقل بأجمعها ليست تحت اختيار أحد المتعاملين في المعاملات.

وممّا ذكرناه يتّضح: أنّ دعوى معارضة القاعدتين لدليل وجوب الوفاء[٢] ليست مُتَّجِهَةً.

ثمّ إنّه لو شككنا في شمول ﴿**أوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ لمثل ذلك البيع، لا يصحّ التمسّك بالقاعدتين؛ لاحتمال خروج المال بواسطته عن ملكه، فصارت[٣] الشبهة موضوعيّة، أو كالموضوعيّة، فإنّ حصول الملك للبائع الأوّل عند الاشتراء وإن كان معلوماً، ولكن مع احتمال كون الانتقال بتسبيب منه ـ غير مخالف للقاعدتين كما مرّ[٤] ـ لا يصحّ التمسّك بهما إلّا بعد إحراز الموضوع.

نعم، يمكن احرازه باستصحاب ملكهما، فحينئذٍ لا يصحّ البيع إلّا بإجازته للقاعدتين.

ومع الغضّ عن ذلك، لا يصحّ التمسّك بالاستصحاب لإثبات إجازة المالك مؤثّرة

---

(١) المكاسب ٣/ ٤٥٧.

(٢) المكاسب ٣/ ٤٥٧.

(٣) كذا؛ [فَتصِيْرُ] أحسن.

(٤) راجع كتاب البيع ٢/ ٣٨٠ له‏.

في النقل، بناءً على أنّ السبب هو العقد المتعقّب أو المتقيّد بالإجازة أو العقد بسببيّتها؛ فإنّ إحراز تلك العناوين بالأصل مثبت، إلّا أن يكون الموضوع للنقل أو السبب له مركّباً من العقد والإجازة، وكان الحكم الشرعيّ مترتّباً على العقد وإجازة المالك، فيحرز بالوجدان والأصل، مع الغضّ عن الإشكال في الموضوع المركّب.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظمؒ ـ بعد فرض أنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود على كلّ عاقد، هو اللزوم على البائع بمجرّد الانتقال إليه، وإن كان قبله أجنبيّاً لا حكم لوفائه ونقضه ـ ضعّفه بأنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب، والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ، ثمّ أمر بالتأمّل.[1]

وهذا بظاهره واضح الإشكال؛ ضرورة أنّه من قبيل التخصّص لا التخصيص.

لكن يمكن توجيهه: بأنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء، هو اللزوم بالنسبة إلى هذا الشخص الذي باع ملك الغير لنفسه، فيجب عليه الابتياع من الغير، والردّ إلى المشتري وإن لم يكن ملكاً له، كما مرّ منه نظيره في بيع الفضوليّ بالنسبة إلى الأصيل: من أنّ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم بالنسبة إليه، فلا يصحّ الفسخ منه، وإن صحّ الردّ من المالك الأصليّ.[2]

فيكون حاصل مراده: أنّ هذا العقد الصادر من البائع، لمّا كان عقداً لنفسه، يجب عليه الوفاء من أوّل الأمر، فيجب عليه الاشتراء، وينتقل منه بمجرّده.

لكن لا إشكال في خروج قطعة من الزمان عن لزوم الوفاء، وهو حال عدم كونه مالكاً؛ بإجماع أو تسلّم، فكان[3] المقام من موارد اختلافهم في التمسّك باستصحاب حكم المخصّص، أو بالعموم، أو إطلاق العامّ.

وهذا التوجيه وإن كان مخالفاً لظاهر كلامه بدواً، لكنّه أولى من توهّم عدم تفريقه بين التخصيص والتخصّص، وتقديم أصالة عدم النقل على القواعد الاجتهاديّة.

---

(١) المكاسب ٣/٤٥٨.

(٢) المكاسب ٣/٤١٥.

(٣) كذا؛ [فيكونُ] أحسن.

ولعلّ أمره بالتأمّل[١] لإنكار شمول العامّ لما قبل الملك، فيكون من قبيل التخصّص لا تخصيص العامّ، وهذا أمر يجب البحث عنه في مجال أوسع.

ولقائل أن يدّعي إطلاق دليل وجوب الوفاء والشرط لما قبل الملك، فيجب عليه الاشتراء للعمل بمضمون العقد، وكذا لو باع ما لا يملكه أحد، كطير معيّن، ومقدار مشخّص من المعدن، فيجب عليه أخذ الطير واستخراج المعدن والتسليم إلى المشتري، ولا يبعد أن يكون ذلك عقلائيّاً أيضاً، فتأمّل.

ثمّ إنّه يمكن استفادة عدم الاحتياج إلى الإجازة من بعض الروايات المتقدّمة، كصحيحة يحيى بن الحجّاج[٢] بناءً على ما مرّ: من أنّ النهي عن البيع قبل الاشتراء إنّما هو لأجل التخلّص عن الربا، لا للإرشاد إلى بطلان البيع.[٣]

فحينئذٍ لو توقّف بيعه قبل الاشتراء على الإجازة بعده، كان له التخلّص عن الربا بعدم الإجازة، فلا يكون البيع ثمّ الاشتراء موجباً للربا.

والظاهر منها أنّ الموجب نفس البيع والاشتراء، وهو لا يتمّ إلّا على فرض عدم الاحتياج إلى الإجازة، والأمر سهل بعد ما عرفت من أنّ مقتضى القاعدة الصحّة من غير احتياج إلى الإجازة.[٤]

[المقام الثاني]:

ومن بعض ما ذكرناه يظهر الكلام في المقام الثاني، وهو وجوب الإجازة عليه لو قلنا: باحتياج العقد إليها؛ بأن يقال: إنّ مقتضى إطلاق وجوب الوفاء عليه العمل على طبق مضمونه، وهو لا يحصل إلّا بإجازته.

إلّا أن يقال: إنّ الإجازة ـ كالقبول ـ من متمّمات العقد، لا من مقتضياته وجزء

---

(١) المكاسب ٣/ ٤٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٥٠، ح٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٣) راجع كتاب البيع ٢/ ٣٧١ له ﷺ.

(٤) راجع كتاب البيع ٢/ ٣٧٩ له ﷺ.

مضمونه، فتدبّر»[١].

المختار في الصورة الثانية

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خطاب إلى الملّاك فلا يشمل البائع مال غيره قبل أن يشتريه من مالكه، ولكنّه بعد أن يشتريه يشمله الخطاب، وذلك مثل مَنْ لم يكن مستطيعاً للحج ثمّ صار مستطيعاً فيشمله أدلة وجوب الحج.

فلا تعارض الآية الشريفة قاعدة السلطنة وحديث طيب النفس لأنّ البائع بنفسه أقدم على البيع وبعده ليس المال له حتّى يجرى في حقّه قاعدة السلطنة وحديث طيب النفس.

وكذلك لا يجري استصحاب حكم قبل تملّك البائع لما بعده لتغيير الموضوع عرفاً، حيث المالك للمال وغيره بينهما فرق جوهري في المعاملات.

وأما فحوى موثقة الحسن بن زياد الطائي وصحيحتي معاوية بن وهب فلا يتم في الصورة الثانية، لأنهنَّ نصوص نعمل بها في موردها الخاص وهو نكاح العبد.

وأمّا الإشكال على شمول خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بعد تملّك البائع، بأنّه بعد تملّكه لا يجري عقداً فلايتم لأنّ البيع هو تبادل المالين ولا ينظر إلى طرفي العقد بخلاف النكاح، فالبائع أجرىٰ العقد بنفسه ثمّ صار مالكاً للمال فيشمله الخطاب.

نعم، بعد تملّكه يحتاج إلى الإجازة المستأنفة لا لاستناد البيع إليه وإعلام رضايته، بل لما ورد من نصوص المسألة (من باع شيئاً ثمّ ملكه) من عدم ايجاب البيع وعدم قطعيته وإلّا يبطل، فهذه الصورة تحتاج إلى الإجازة المستأنفة حتّى تخرج من البطلان.

وإذا أجاز البائع بعد تملّكه صحّ البيع عندنا خروجاً عن نصوص البطلان، وإذا لم يجز بطل.

وممّا ذكرنا تَظْهَرُ وجوه موارد خلافنا مع الأعلام والحمد لله العالم بالأحكام.

---

(١) كتاب البيع ٢/(٣٨٣-٣٧٩).

المسألة الثالثة: لو باع بزعم عدم جواز التصرف فبان جوازه

لو اعتقد البائع عدم جواز تصرفه في المبيع ثمّ انكشف خلافه وظهر كونه جائز التصرف فهل يكون بيعه صحيحاً أم لا؟

وللمسألة صور أربع: لأنّ الاعتقاد بعدم جواز التصرف تارةً يَنْشَأُ من عدم الولاية وأُخرىٰ من عدم الملك ولكن بان أنّه وليٌّ أو مالكٌ. وعلى كلّ منهما إمّا أن يبيع لنفسه أو أن يبيع لمالكه فتكون الصُوَرُ أربعاً.

الصورة الأولىٰ: لو باع عن المالك فانكشف كونه وليّاً

قال الشيخ الأعظم: «فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتّى على القول ببطلان الفضولي»[1].

لأنّ البائع العاقد في الواقع يكون وليّاً وليس فضوليّاً فيصدر العقد من أهله وفى محلّه، لأنّا نعلم ثلاثة أمور تُصَحِّحُ جواز التصرف: ١ـ الملك، ٢ـ الولاية، ٣ـ الإذن، والأخير قد يكون سابقاً على التصرف فهو الوكالة وقد يكون لا حقاً به فهو الإذن للفضول.

ولكن يُحكىٰ عن القاضي ابن البَرّاج أنّ المعاملة الصادرة ممّن يزعم أنّه فاقد الولاية مع امتلاكه لها باطلة.

والحاكي عنه هو العلّامة في المختلف في كلام طويل له [للقاضي] أنّه قال: «... وإذا أذن السيّد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيّده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً له في التجارة ولا يجوز شيء ممّا فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز

---

(١) المكاسب ٣/٤٥٩.

ما فعله بعد العلم بالإذن ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيّد قوماً أن يبايعوا العبد والعبد لايعلم بإذنه له كان بيعه و شراؤه منهم وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع كان ذلك جائزاً...»[١].

ثمّ ردّه العلّامة بقوله: «... ولا يفتقر الإذن في التجارة إلى علم العبد، فلو أذن المولىٰ ولم يعلم العبد فباع العبد صحّ بيعه لأنّه صادف الإذن في التجارة ولا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين...»[٢].

واستحسن الشيخ الأعظم[٣] هذا الردّ من العلّامة.

اعتراض الفقيه اليزدي على ردّ العلّامة

قال: «الظاهر أنّ نظر القاضي إلى أنّ الإذن في البيع مع فرض عدم اطلاع المأذون وعدم اطلاع غير أيضاً عليه لا يعدّ إذناً، وهذا بخلاف ما لو اطلع عليه أحد، سواء كان هو المأذون أو غيره، والظاهر يقتضي ما ذكره فإنّ مجرد إنشاء الإذن من عند نفسه من غير حضور أحد لايكفي في الخروج عن الفضولية، إذ لا فرق بينه وبين الرضا الباطني من دون إنشاء ظاهري، وقد عرفت سابقاً عدم كفايته، إذ لابدّ في الخروج عن الفضولية من إسناد صدور البيع إليه ولو بالواسطة وهو لا يتحقّق إلّا بمظهر خارجي فالإذن وإن كان من الإيقاعات وليس كالتوكيل ممّا يحتاج إلى القبول إلّا أنّ صدقه موقوف على الإظهار الخارجي.

نعم، لو قلنا بالخروج عن الفضولية بمجرد طيب النفس الواقعي كفى الإذن المفروض بالأولىٰ، لكنّك عرفت عدم كفايته إلّا بالنسبة إلى الحكم التكليفي من رفع حرمة التصرف في مال الغير... فما أورده عليه في المختلف في غير محلّه بل هو مصادرة مخصة...»[٤].

---

(١) مختلف الشيعة ٤٣٥/٥.

(٢) مختلف الشيعة ٤٣٧/٥.

(٣) المكاسب ٤٥٩/٣.

(٤) حاشية المكاسب ٢٤٧/٢ و ٢٤٦.

أقول: السيّد اليزدي يرىٰ الإذن إذناً إذا أُبْرِزَ بِمُظْهِرٍ خارجي واطلع عليه غيره، والإذن النفساني من دون إبراز وإظهار واطلاع الغير لا يصحّح المعاملات والعقود.

دفاع المحقّق النائيني عن الشيخ الأعظم

قال ﷺ معلّقا على المسألة الثالثة والصورة الأُولى منها: «لا يخفى أنّ ربط هذه المسألة بالمسألتين السابقتين منوط بما ذكرنا في الجهة الثالثة من الجهات الراجعة إلى شرائط المجيز، وهو: أنّ عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد إمّا واقعيّ وإمّا خياليّ، ونقّحنا الواقعيّ في ضمن مسألتين، فإنّ عدم جواز التصرّف واقعاً إمّا لتعلّق حقّ الغير بالمال، وإمّا لعدم كونه مالكاً. فبقي حكم الخياليّ، وهو على صورٍ أربع لأنّ اعتقاد عدم جواز التصرّف المنكشف خلافه إمّا لعدم الولاية فانكشف كونه وليّاً، وإمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً. وعلى كلا التقديرين: فإمّا يبيع لنفسه أو عن المالك.

فالصورة الأُولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليّاً. والظاهر من المصنّف ﷺ صحّتها من دون توقّفٍ على إجازة المالك.

ولا يخفى أنّ الولاية على قسمين: إجباريّة واختياريّة، والإجباريّة: إمّا بموهبةٍ من الله سبحانه كولاية الأب والجدّ، وإمّا بموهبةٍ من المخلوق كولاية العبد المأذون من قبل المولى في التجارة. والاختياريّة كولاية القيّم على الصغار والوكيل.

ثمّ لا يخفى أنّ صحّة هذه المعاملة وفسادها مبنيّان على أن يكون العلم بالولاية أو الالتفات بالوكالة طريقيّاً أو موضوعيّاً، فلو قلنا بالطريقيّة فلا إشكال في الصحّة؛ والأقوى كونه كذلك؛ لأنّ الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعاً، وكونها منوطةً بالعلم بها يتوقّف على دليل.

نعم، ولاية العبد ليست في الظهور كولاية سائر الأولياء، فإنّه بعد ما دلّ الدليل على حجره وعدم قدرته على شيءٍ يشكّ في خروجه عن العجز بمجرّد إذن المولى واقعاً مع عدم علمه به. وكون إعطاء الإذن من آثار سلطنة المولى لا ينافي فساد بيعه؛ لاعتبار علمه برفع الحجر.

وبالجملة: فكما أنّ العجز في امتثال الخطابين المتزاحمين لا يتحقّق إلّا مع العلم

بهما، فكذلك القدرة لا تتحقّق للعبد إلّا بوصول الإذن إليه، لعدم صدق كونه قادراً مع عدم العلم بها. ولكنّ الأقوى عدم الفرق بين القدرة والوكالة والولاية في أنّ العلم في كلٍّ منها طريقيّ.

هذا، مع أنّ الّذي يهوّن الخطب أنّ العبد وإن لم يصر قادراً شرعاً بالإذن الواقعيّ إلّا أنّه ليس كالصبيّ والمجنون مسلوب العبارة، فيكون بيعه لمولاه من أفراد الفضوليّ فيتوقّف على إجازة المولى. كما أنّه لو قلنا بموضوعيّة العلم في جميع أنحاء الولاية فمع عدم العلم بها يدخل البيع في الفضوليّ، ولكنّ احتمال موضوعيّته في باب ولاية الأب والجدّ والحاكم الشرعيّ والقيّم ضعيف. فعلى القول ببطلان الفضوليّ يصحّ هذا البيع لخروجه عنه بالإذن الشرعيّ أو المالكيّ، وفي هذه الصورة لا تتوقّف الصحّة على الاجازة؛ لأنّ الإذن السابق لا يقصر عنها»[١].

الأعلام الذين يَرَوْنَ اعتبار الإعلام في الإذن في المراد من عبارة القاضي

ولعلّ الإعلام هو مراد المحقّق الايرواني حيث قال: «وظنّي أنّ مقصود القاضي من عبارته المنقولة في المتن ليس ما فهم من ظاهر كلامه وانّما غرضه اعتبار الإذن الظاهر من المولى في صحة معاملات العبد بمعنى الإنشاء للإذن وعدم الاكتفاء بالرضا الباطني ويشهد به حكمه [القاضي] بصحة معاملات العبد إذا أمر السيّد قوماً أن يبايعوا العبد، والعبد لا يعلم، سواء عامل هؤلاء القوم أم غيرهم بشرط أن يكون المستفاد من أمر القوم بالمعاملة مع العبد عموم الإذن بلا خصوصية للقوم...»[٢].

وقال: «ظاهر هذه العبارة [عبارة القاضي] اعتبار إنشاء الإذن والرخصة وعدم الاكتفاء بالرضا الباطني لا اعتبار علم البائع... فيكون خلاف القاضي في أصل مسألة الاكتفاء بالرضا في الخروج عن الفضولية وفي ما هو الشرط لا في مسألتنا هذه وهي وجود الشرط مع عدم العلم به»[٣].

---

(١) منية الطالب ١٢٩/٢ و ١٢٨.

(٢) حاشية المكاسب ٢٩٩/٢ و ٣٠٠.

(٣) حاشية المكاسب ٣٠١/٢.

أقول: وصف الايرواني الإذن بالظاهر، والظهور العرفي لا يصدق إلّا في مقابل الغير.

ويرى المحقّق الاصفهاني الإذن بأنّه مساوق للإعلام والإظهار حيث يقول: «... الإذن أصله الإعلام ومنه قوله تعالى: **﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾**[(١)] أي أعلموا بالحرب، وشاع في إظهار الرخصة وإظهار الرضا، ومن الواضح أنّ قصد الاظهار جدّاً لا يتمشّىٰ من العاقل إلّا إذا كان بحضرته من يظهره له، وإلّا فلا يعقل الإظهار والإراءة...»[(٢)].

ويرى قبلهما التستري[(٣)] بأنّ نظر القاضي إلى أنّ إظهار الرضا مع عدم إطلاع الغير لا يعدّ إذناً عرفاً.

وقبلهم قال جدي الشيخ جعفر ذيل الصورة الرابعة: «... وفي تعميم الحكم حتّى بالنسبة إلى الوكلاء والاولياء بعد الإعلام بولايتهم ووكالتهم إشكال»[(٤)].

وكذلك يرى الفقيه الشريعتمداري توجّه الإذن بل وصوله إلى المأذون حتّى يَصِحَّ إسناد الفعل إلى الآذن وقال: «وبالجملة، في باب إسناد الفعل إلى الآذن والمجيز الذي كان هو المنشأُ للأثر وكان هو المنشأ لخروج العقد عن الفضولية، يعتبر فيه أن يكون المستند فعلاً تسبيباً للإذن ولا يتحقّق هذا إلّا أن يتوجَّه على المأذون إيجاد الفعل ويكون مستنداً إليه.

بناءً عليه: فرضهم أنّه إذا أذن الآذن والمجيز مع أنّ الأُجير لم يتوجّه إلى الإذن وعمل الفعل يكون صحيحاً لأنّه تحقّق الفعل والإذن، لايصح لأنّ هذا الفعل لم يكن مربوطاً للآذن ولم يكن الفعل مستنداً إلى الموكّل، هذا واضح في باب الوكالة والإذن لا يخفى حكمه.

---

(١) سورة البقرة / ٢٧٩.

(٢) حاشية المكاسب ٢/ ٢٤١.

(٣) مقابس الأنوار / ١٣٦.

(٤) شرح القواعد ٢/ ٩٨.

وأمّا في مورد الولاية: الإجباريّةِ مِن قبيلِ ولايةِ الأبِ والجدِّ فلمْ تكـنِ المسألةُ واضحةً كوضوحِ بابِ الوكالةِ والإذنِ.

لكن يمكنُ أنْ يقالَ: انّ ولايةَ الأبِ أوْ الجدِّ والوصيِّ أو الحاكمِ أو عدولِ المؤمنينَ، هِيَ[١] بمثابةِ ولايةِ الوكيلِ بإذنٍ مِن المالكِ ويعملُ الأبُ والجدُّ والوصيُّ والحاكمُ أو عدولُ المؤمنينَ، العملَ الّذِى يعملُ الوكيلُ باذنٍ منَ المالكِ.

غايةُ الامرِ، أنَّهُ باذنٍ منَ الشّارعِ وليسَ فرقٌ بينهُما في ماهيَّةِ العملِ بلْ في نـحوِ الولايةِ وتلكَ الولايةُ، مبذولةٌ منَ المالكِ وتلكَ، مبذولةٌ منَ الشّارعِ ولكنْ لمْ يكنْ فرقٌ بينهُما في نحوِ العملِ.

بعبارةٍ أخرىٰ: ولايةُ الوليِّ من قبلِ الشّارعِ في موردِ الصّغارِ.

معناهُ ولايةُ العملِ تكونُ مستنداً إلى ولايتهِ وسمةِ القيموميّةِ وليسَ معنىِ الولايةِ، جوازَ بيعِ مالِ الصّغير لنفسِهِ أو بيعِ المالِ بعنوانِ الاستقلالِ.

بالجملة: لا فرقَ في ماهيّةِ العملِ ونحوِ الولايةِ استِناداً إلى الصّغار بـينَ الولايـةِ الإجباريَّةِ وبينَ الولايةِ الاختياريّةِ.

وانّما الفرقُ بينهما في مُعطى الولايةِ حيثُ أنّ في الولايةِ الإجباريّةِ، يكونُ مُعطِى الولايةِ، الشّارعُ وفي الولايةِ الاختياريّةِ، هوَ المالكُ.

فظهرَ مما ذكرناه أنَّ فرضَ كونِ المسألةِ واضحاً لا اشكالَ فيهِ، لا يخلُو عنْ اشكالٍ وشبهةٍ قويَّةٍ ويظهر ذلك من مراجعةِ كلماتِ الفقهاءِ في بابِ الوكالةِ وفروعَها[٢]»[٣].

وتبعهم السيّد الخميني وقال: «وأمّا ما عن القاضي في إذن السيّد لعبده في التجارة فالظاهر هو عدم خلافه في هذه المسألة، لأنّ الظاهر منه أنّ الإذن إذا لم يطّلع عليه أحد ـ لا العبد ولا غيره ـ ليس إذناً فعدم صحته على ذلك، لأجل عدم كونه مأذوناً نافذ التصرف

---

(١) وفي المصدر: كان.

(٢) وفي المصدر: وفروعاتها.

(٣) تحقيق و تقريرات في باب البيع والخيارات ٣/١٢٢ و ١٢١.

وهو غير مسألتنا»[١].

وتابعهم شيخنا الاستاذﷺ وقال: «قد ذكرنا مراراً أنّ كلّاً من الإذن والإجازة من الأُمور الإنشائية ويكون الإبراز مقوّماً لهما، ومجرد إظهار المالك من عند نفسه رضاه بالمعاملة التي تصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذناً أو إجازة، بل لابدّ من كون الإظهار بحيث يصل إلى الغير سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره.

وبتعبير آخر: لايكون في الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لايصل إلى الغير ولايبعد أن يكون المحكي عن القاضي في المقام يرجع إلى ما ذكر»[٢].

أقول: جماعة من الفقهاء نحو: الشيخ اسدالله التستري والمحقّقين اليزدي والإيرواني والأصفهاني و الشريعتمداري والخميني والتبريزي يحملون العبارة المنقولة عن القاضي إلى اعتبار أن يكون الإذن في مقابل الغير وإلّا لا يصدق عليه الإذن.

وبعبارة أُخرى: اعتبار الإظهار والإرائة والإعلام في الإذن، واختاره بعضهم نحو: المحقّقين اليزدي والأصفهاني والشريعتمداري والتبريزيﷺ.

مخالفة المحقّق السيّد الخوئي مع الأعلام في الإعلام

ولايرىٰ وجهاً لما أفاده [القاضي] من اعتبار الإعلام في الإذن[٣] وقال في وجهه: «فإنّا وإن لم نكتف في الاستناد وخروج العقد عن الفضولية بمجرد الرضا الباطني إلّا أنّه يكفي فيه الرضا المبرز وإن لم يصل إلى المأذون ولا إلى غيره فإذا فرضنا أنّ المولى كتب إلى العبد يأذنه في التجارة وهو باع ماله قبل وصول الكتاب إليه صح بلا إشكال، لأنّ مجرد الكتابة مبرز للرضا خصوصاً في بيع العبد مال نفسه الذي هو محل الكلام، فإنّه كما ذكرنا لا قصور فيه إلّا من ناحية رضا المالك المعتبر فيه شرعاً فلا حاجة فيه إلى الإبراز أصلاً»[٤].

---

(١) كتاب البيع ٢/ ٣٨٦.

(٢) إرشاد الطالب ٤/ ٦٠.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٣٧.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/ ٤٤٣.

تبعية صاحب العقد النضيد للسيّد الخوئي وردّه على المحقّق الاصفهاني

قال: «... إنّ معرفة حقيقة الرضا متوقفة على استقصاء الاستعمالات العرفية، وغاية ما يمكن أن نقوله من خلال الاستقصاء المذكور، هو أنّ حقيقة الإذن وأضرابه كالإجازة كونها معدودة من الأُمور الواقعيّة ـ سواء اعتبرناه من الأُمور الإنشائيّة أو أنّه مجرّد مبرز لأمر نفساني ـ التي قد تصل إلى الغير وقد لا تصل، والشاهد له صحة إطلاق القول: «بأنّني كنتُ مأذوناً لكنّي أجهل ذلك» بلا مسامحة وبالتالي فلو اعتبرنا الوصول مقوّماً ومحقِّقاً للإذن لعدّ إطلاق القول المذكور مجازاً. وعليه فإنّ حقيقة الإذن غير متقومة بالوصول إلى الغير ومعرفته بمأذونيّة المتعامل، بل يكفي الصدور في صحّة المعاملة الصادرة من المأذون وإن لم يعلن عنه الآذن، أو أعلنه لكن لم يتطرّق ذلك إلى أسماع الآخرين ومنهم البائع، كما لو كتب رسالة إلى عميل له في مدينة أُخرى يخبره أنّه مأذونٌ من قبله في القيام بمعاملة معيّنة، فالعميل يعدّ ماذوناً وتصحّ معاملاته من حين كتابة الرسالة لا من حين وصولها إليه»[١].

المختار في حكم الصورة الأُولىٰ

لو باع عن المالك فانكشف كون البائع وليّاً، البيع يكون تاماً لازماً ولا يحتاج إلى الإجازة المستأنفة كما عليه الشيخ الأعظم[٢].

وأمّا العبارة المحكية عن القاضي ابن البراج فلا تدلّ إلّا على اعتبار الإعلام في الإذن كما استظهره جمع من الأعلام‌ منه‌، وهو كلام متين لابدّ من اختياره لعدم صدق الإذن إلّا في مقابل الغير ولو كان ذلك الغير غير البائع.

وأمّا النقض بكتابة الرسالة[٣] فغير واردٍ، لأنّ الكتابة وإيصالها إلى المأذون أبلغ إعلام، ونحن لا نعتبر وصول الإذن حتّى ينتقض علينا بمثل هذا النقض بل نعتبر حضور واحد في حين صدور الإذن من الآذن حتّى بلغه ذلك الغير أو نفس الآذن إلى المأذون.

---

(١) العقد النضيد ٣/٤٥٣.

(٢) المكاسب ٣/٤٥٩.

(٣) كما عليه المحقّق السيّد الخوئي في محاضراته ٢/٤٤٣ و تنقيحه ٢/٣٧ كما مرّ.

وصحة[1] إطلاق جملة: «إنّني كنتُ مأذوناً لكنّي أجهل ذلك» وعدم مجازيتها تدلّ على عدم اعتبار الوصول لا الإعلام وبنيهما برزخ لا يخفى على مثل الأُستاذ المحقّق ـمد ظله ـ المقرر له. والحمد لله كما هو أهله.

الصورة الثانية: لو باع لنفسه فانكشف كونه وليّاً

ذهب الشيخ الأعظم[2] إلى صحتها وإلى «أنّ قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدح»[3] كما مرّ منه[4]ﰀ.

ثمّ هل يتوقّف نفوذ العقد على إجازة العاقد الولي للمولّىٰ عليه؟ قال الشيخ الأعظم: «عليه وجه لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فتأمّل»[5].

تعليلهﷺ يدل على توجيه اعتبار الإجازة بإلغاء كون العقد للبائع العاقد الولي حتّى يصير بهذا الإلغاء عقداً للمولّىٰ عليه. ثمّ أمر بالتأمل ولعلّه إشارة إلى ما مرّ منه من لغوية قصد كون العقد للبائع شرعاً وعدم نفعه وقدحه، فالأمر موكول إلى وجه المصلحة في هذا البيع للمولّىٰ عليه فإن كانت موجودة فلا يحتاج إلى الإجازة وإلّا لم يفد ألف إجازة.

أو لعلّه اشارة إلى أنّ قصد البيع لنفسه إمّا يقيّد العقد أم لا؟ فعلى الأوّل لا مجال لتصحيح البيع حتّى بالإجازة لأنّه يقيّد بنفسه لا بالمولّىٰ عليه.

وأمّا على الثاني فيتم العقد من دون الإجازة لأنّها تصحح إسناد العقد إلى المالك ومع صدوره من الولّي فلا نحتاج إليها. فلذا الاحتمال المذكور في كلامهﰀ الذي عقّبه

(١) كما عليه الاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ في العقد النضيد ٤٥٣/٣.

(٢) المكاسب ٤٦٠/٣.

(٣) المكاسب ٤٦٠/٣.

(٤) المكاسب ٣/(٣٧٧-٣٨٣).

(٥) المكاسب ٤٦٠/٣.

بالأمر، بالتَّأَمُّلِ ممّا لا وجه له كما عليه المحقّق السيّد الخوئي[١].

واختار المحقّق الخراساني تقييد العقد بقصد البيع لنفسه [القسم الأوّل] وحكم بالبطلان خلافاً للشيخ الأعظم ثمّ أمر بالتأمل في آخر كلامه ولعلّه إشارة إلى ما ذكرنا، قال الخراساني: «بل الظاهر بطلانه ولو أجاز، لمخالفة الإجازة للعقد واستلزام صحته لعدم تبعيته للقصد حيث قصد لنفسه ووقع بإجازته لغيره، فتأمل»[٢].

اشكال المحقّق الخراساني على الصورتين

للمحقّق الخراساني تعليقة على الصورة الأُولىٰ تجري في الثانية أيضاً وهي: «نعم، يشكل فيما كان جواز تصرّفه من جهة ولايته كالأب والجدّ مثلاً، بأنّ منصرف أدلة نفوذ تصرفات الولي غير ما إذا كان تصرفه كذلك، أي باعتقاد أنّه غير وليّ وغير جائز التصرف. فتأمل»[٣].

أقول: وأنت ترى عَدَمَ تمامية هذا الانصراف لأنّ الولاية أمرٌ اعتباريٌّ مجعولٌ للولي سواءً عَلِمَها أم جهلها، ولا مدخليّة للعلم والجهل في استقرار الولاية.[٤]

نقد المؤسس الحائري على استاذه الخراساني

«فنقول: الولاية إمّا نفس جواز التصرّف أو مساوق معه، ولا يمكن أن يؤخذ في موضوعه العلم بنفسه، فإنّ الشيء لا يمكن أن يتوقّف تحقّقه ووجوده على العلم به، وهذا واضح. وهكذا الحال في الوكالة، فإنّه عبارة عن القيام مقام المالك في نفوذ التصرّف ومالكيّة الأمر. وهذ المعنى لا يمكن أن يتوقّف على العلم به.

وعلى هذا فأدلّة إثبات الولاية للأب والجد ونفوذ تصرّفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية ومالكيّة الأمر والمختاريّة في ذات الولي والوكيل، لا يعقل إنصرافها إلى حال العلم بالولاية والوكالة كما ادّعاه بعض الأساطين في حاشيته على هذا المقام من

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٣٨.

(٢) حاشية الخراساني على المكاسب /٧٣.

(٣) حاشيته على المكاسب /٧٣.

(٤) كما في العقد النضيد ٣/ ٤٥٦.

مكاسب شيخنا المرتضىﷺ.

نعم لو فرضنا وجود الدليل على أنّ تصرّف الولي والوكيل في حال الشك في الولاية والوكالة أو العلم بالخلاف غير نافذ، لكُنّا ملجئين إلى حمل أدلّة إثبات الولاية الواقعيّة والوكالة كذلك على مرتبة شأنيّتهما، فيقال: إنّ العلم بتلك المرتبة مولّد للمرتبة الفعليّة، ولكن بعد عدم هذا الدليل وانحصار الأمر في أدلّة واقع الوكالة والولاية لا يمكن دعوى انصرافها مع ظهورها في المعنى الذي هو عين جواز التصرّف أو يساوقه إلى حالة العلم. ودعوى ظهورها من الأوّل في الثانية خلاف الواقع.

وأمّا الفرق بين هذين العنوانين وعنوان المالكيّة حيث نقول: بأنّ نفوذ تصرّف المالك موقوف على علمه بعنوان مالكيّته هو أنّ المالكيّة أمر وراء السلطنة ونفوذ التصرّف، ولهذا المحجور مالك مع عدم نفوذ تصرّفه، فيمكن أخذ العلم بهذا العنوان في موضوع الأثر المترتّب عليه، فيقال: المالك إذا علم بأنّه مالك فطيب نفسه مؤثّر، ولكن لا يمكن أن يقال: المختار إذا علم بأنّه مختار يكون مختاراً كما لايمكن في عنوان المالك أيضاً أن يقال: إنّ المالك إن علم بأنّ طيب نفسه مؤثّر فطيب نفسه مؤثّر.

وعلى هذا فلابدّ أن يقال في الفرع المذكور ـ أعني: بيع الولي والوكيل مع علمهما بأنّ هذا المال مال لشخصهما في الواقع وليّا أمره، غاية الامر لا يعلمان بالولاية والوكالة ـ أنّ البيع صحيح نافذ بلا حاجة إلى إجازة منهما بعد العلم»[1].

اعتراض على نقد المؤسس الحائري

يرد عليه: **أوّلاً**: الولاية هنا هي السلطنة للوليّ على التصرف في أموال المولّى عليه. والمحقّق الخراساني لا يقيدها بعلم الولي بكونه وليّاً حتّى يرد عليه ما أورده المؤسس الحائري من النقود.

بل الخراساني يرى إنصراف أدلة الولاية عمّن يعتقد بأنّه لا ولاية له كما يظهر ذلك بالتأمل في كلامه: «... اعتقاد أنّه غير وليّ وغير جائز التصرف».

---

(١) كتاب البيع ١/٣٨٢و ٣٨١ لشيخنا آيةالله الشيخ محمّدعلى الأراكيﷺ.

ولكن المؤسس الحائرى حمل كلامه بانصراف أدلتها إلى مَنْ عَلِمَ بثبوت الولاية في حقّه، ثمّ اَسْتَشْكَلَ عليه بالنقود.

وأنت ترى بأنّ منصرَف الأدلة بينهما مُتَعِدّدةٌ فالنقود لا تجرى في حقّ الخراساني.

وثانياً: قال المؤسس الحائري‌ﷺ: «الولاية إمّا نفس جواز التصرف أو مساوق معه»، ولكن الولاية ليست جواز التصرف ولم تكن مساوق معه، بل هي مَنْشَأٌ لجواز التصرف، لأنّها من الحيثيّات الاعتبارية التي يترتّب عليها جواز التصرف تكليفاً أو وضعاً في مال المولّىٰ عليه، وبالتالى يعد جواز التصرف من أحكام الولاية لا نفسها أو ما يساوقها.[1]

الصورة الثالثة: لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكاً

قال المحقّق في هبة الشرائع: «مسائل: الأُولىٰ: لو وهب فأقبض ثمّ باع من آخر، فإن كان الموهوب له رحماً لم يصحّ البيع، وكذا إن كان أجنبيّاً وقد عُوِّضَ، أمّا لو كان أجنبيّاً ولم يُعَوِّض قيل: يبطل لأنّه باع ما لا يملك، وقيل: يصحّ لأنّ له الرجوع، والأوّل: الأشبه. ولو كانت الهبة فاسدة صحّ البيع على الأقوال. وكذا القول فيمن باع مال مورِّثه وهو يعتقد بقاءَهُ وكذا إذا أوصىٰ برقبةٍ مُعْتَقِهِ وظهر فساد عتقه»[2].

وقال العلّامة في متاجر القواعد: «ولو باع مال أبيه بظن الحياة وأنّه فضوليٌّ فبان ميّتاً ـ حينئذ ـ وأنّ المبيع ملكه فالوجه الصحة»[3].

وقال في عطايا الإرشاد: «ولو باع [الواهب] بعد الإقباض للأجنبي صحّ على رأي ولو كانت فاسدة صحّ إجماعاً، وكذا لو باع مال مورِّثه معتقداً بقاءه...»[4].

وقال في هبة القواعد: «وإذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة، وصحّ لامعه على رأي، ولو كانت فاسدة صحّ الإجماعاً. ولو باع مال مورِّثه معتقداً بقاءه أو

---

(١) راجع العقد النضيد ٤٥٨/٣ و ٤٥٧.

(٢) الشرائع ١٨١/٢.

(٣) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٤) إرشاد الأذهان ٤٥٠/١.

أوصى بمَنْ اعتقه وظهر بطلان عتقه فكذلك»[١]. [أي صحّ إجماعاً].

أقول: ظهر من هبتي الإرشاد والقواعد أنّ القول بالصحة إجماعيٌّ.

وقال في تذكرة الفقهاء: «لو باع بظن الحياة وأنّه فضولي فبان موته وأنّه مالك صحّ البيع ـ وهو أصحّ قولي الشافعي ـ لأنّه بيع صدر من أهله وفي محلّه.

وأظعفهما: البطلان، لأنّه كالغائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

وله آخر: أنّه موقوف على تيقّن الحياة أو الموت»[٢].

وقال في النهاية: «ولو باع مال أبيه بظن أنّه حيٌّ وهو فضولي، فبان أنّه كان ميّتاً حينئذ ـ وأنّ المبيع ملك للعاقد، فالأقوى الصحة لصدوره من المالك... ويحتمل البطلان لأنّه وإن كان العقد منجزاً في الصورة إلّا أنّه في المعنىٰ معلّق وتقديره إن مات مورِّثي فقد بعتك ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنَّ المبيع لغيره»[٣].

وقال ولده فخرالمحقّقين في توضيح كلام والده في متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة: أنّه تصرَّفٌ من أهله في محلِّه.

ويحتمل: وقوفه على إجازته لأنّه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على إجازة متجددة من الأب أو من يقوم مقامه، ولما اعتبر القصد في أصل البيع ففي أحواله أولىٰ.

ويحتمل: البطلان لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه، ولأنّه وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنىٰ معلّقٌ، والتقدير إن مات مورِّثي فقد بعتك ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»[٤].

وقال في المفتاح: «قلت: يريد بالأحوال اللزوم وعدمه»[٥].

---

(١) قواعد الأحكام ٢/٤٠٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

(٣) نهاية الإحكام ٢/٤٧٦.

(٤) إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

(٥) مفتاح الكرامة ١٢/٦٢٨.

ونقل الشهيد[١] عن ابن المتوّج توقّفه على الإجازة لأنّ نظر البائع فيما يتعلّق به مغاير لما يتعلّق بغيره.

وتبعه الشهيد[٢] في ذكر احتمال البطلان ومن أنّه لو قيل بالبطلان أمكن.

وقال الشهيد: «المراد بالصحة اللزوم من غير توقّف على أمر آخر»[٣].

وقال المحقّق الثاني معلّقاً على قول العلّامة في القواعد: «قيل: قوله: «وأنّه فضولي» مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف، أعني: أنّ العقود تابعة للقصود.

قوله: «فالوجه الصحة»، أراد الصحة من غير توقف على شيء آخر، أعني: اللزوم، وينبغي أن يكون ذلك موقوفاً على إجازته وهو الأصح، لأنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك، إلّا أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف ومثله: مالو باعه فضولياً ثمّ تبيّن شراء وكيله إيّاه»[٤].

وقال الشهيد الثاني في ذيل قول المحقّق في الشرائع: «بمعنى أنّه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورِّث حال البيع، وأنّ البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم وهو صدور البيع عن مالكٍ لأمره.

ويشكل بما مرّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنّما قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضولي فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادعائه عدم القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. ولعلّ هذا أقوى لدلالة القرائن عليه، فلا أقلّ من جعله احتمالاً مساويّاً للقصد إلى البيع مطلقاً فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع...»[٥].

---

(١) كما نقل عنه في مفتاح الكرامة ٦٢٨/١٢.

(٢) القواعد والفوائد ٢٣٨/٢، ذيل قاعدة /٢٣٨.

(٣) الحاشية النجارية /٢٢٢، ونقل عنه في مفتاح الكرامة ٦٢٧/١٢.

(٤) جامع المقاصد ٧٦/٤.

(٥) المسالك ٥١/٦.

أقول: فالأقوال إلى هنا تكونُ ثلاثةً.

الأوّل: الصحة مطلقاً كما عليه المحقّق في الشرائع والعلّامة في متاجر القواعد ويلوح منه في عطايا الإرشاد وهبة القواعد أنّها محلّ إجماع، وفى التذكرة أنّها أصح قولي الشافعي ورأها الأقوىٰ في النهاية.

الثاني: الصحة مع صدور الإجازة المتأخرة من المالك العاقد كما هو أَحَدُ محتملات فخر المحقّقين من دون اختيار ومذكور في كلام والده في التذكرة والنهاية وهو مختار ابن المتوّج كما نقل عنه الشهيد، واختيار المحقّق و الشهيد الثانيين ويراه الشيخ الأعظم[1] الأقوى.

الثالث: البطلان كما هو أضعف قولي الشافعي وَأَحَدُ محتملات فخر المحقّقين وممكن في كلام الشهيد.

وهنا قول رابع لصاحب الجواهر قال: «... والمتّجه فيه: الوقوف على الإجازة ـ كما سمعته من الكركي ـ أو إثبات الخيار، إلّا أنّي لم أجد مَنْ احتمله»[2].

أقول: إنّي وجدتُ مَنْ احتمله واختاره وهو جدنا الشيخ محمّدتقي‏ صاحب هداية المسترشدين حيث يقول: «أنّه لو باع شيئاً على وجه الفضولي ثمّ تبيّن أنّه ملكه كما لو باع مال مورِّثه بظنٍّ أنّه حيٌّ وأنّه فضول ثمّ تبيّن موته وانتقال المال إليه حين العقد فهل يحكم بصحته ولزومه لوقوعه من أهله في محلّه.

أو يحكم بثبوت الخيار له لعدم إقدامه على التمليك النافذ بل المتزلزل الموقوف على إجازة المالك، فالحكم بالتزامه به ضرر عليه.

أو أنّه بمنزلة الفضولي الواقع من غير المالك فيتوقّف على إجازته، فإن ردّه كشف عن فساده من أصله وإن أجاز صحّ لإقدامه عليه كذلك.

أو أنّه باطل من أصله لعدم قصده وقوع البيع عن نفسه فلا يقع البيع عنه قهراً.

---

(١) المكاسب ٣/٤٦٢.

(٢) الجواهر ٢٣/٤٨٢ (٢٢/٣٠٠).

وجوهٌ كأنّ أظهرها الثاني وأضعفها الوجهان الأخيران»[١].

وهكذا ذهب إلى هذا القول عديل[٢] الجد ـ الشيخ اسدالله التستري ﷺ حيث يقول: «وهل جواز فسخه للعقد من باب الخيار أو لتوقّفه على الإجازة؟ وجهان. والأوّل لا يخلومن قوة لأنّه مقتضىٰ قاعدة نفي الضرر ولأنّه بناءً على صحة العقد لو سلّم المال إلى المشتري وسلّطه عليه، ثمّ انكشف كونه ملكه جاز للمشتري حينئذ أن يتصرف فيه ولا يضمن شيئاً أصلا...»[٣].

كما ذكر هذا الأخير الشيخ الأعظم في مكاسبه[٤].

مستند الأقوال

الأوّل: الصحة

ومستندها وجوه:

أ: الإجماع المُدَّعىٰ في هِبَتَيْ إرشاد الأذهان وقواعد الأحكام لِـخِرِّيْتِ صِـناعَةِ الفقه وهو العلاّمة الحلّي يدل على الصحة.

وفيه: أوّلاً: قد عرفت الخلاف في المسألة إلى أربعة أقوال.

وثانياً: على فرض وجوده يكون مدركيّاً لابدّ من ملاحظة الأدلة.

ب: ما صدر من المالك العاقد بيع صدر من أَهْلِهِ ـ وهو المالك ـ ووقع في محلّه ـ وهو ملكه ـ فيكون تاماً صحيحاً لازماً من دون أن يحتاج إلى الإجازة المستأنفة.

ج: المعاملة الحقيقية إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين وأمّا قصد وقوعها لنفسه أو للغير فهو أمر زائد عن حقيقتها، والبائع بما أنّه قصد المبادلة الحقيقية للمالكين فقد نوى المعاوضة الحقيقية، إلّا أنّه لجهله أو لنسيانه أرجعها إلى الغير بتخيل أنّه المالك. وهذا الخيال كادّعاء أنّه مالك في الصورة المتقدمة أمر زائد غير مقوّم لحقيقة المبادلة فيبقىٰ

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٥ و ٣٥٦، تامنها.

(٢) وهو في اللّغَةِ سَلِفُهُ وسِلْفُهُ أيْ زَوْجُ أُخْتِ ٱمْرَأته.

(٣) مقابس الأنوار /١٣٧.

(٤) المكاسب ٣/٤٦٥.

لغواً»[١].

د: حال البائع العاقد لا يخلو من وجهين: الأوّل: أنّه قصد نقل المال، فقد تحقّق منه البيع الصحيح لتماميّة أركانه وشروطه ولا يتوقف صحته على الإجازة.

الثاني: أنّه لم يقصد نقل المال فالمعاملة باطلة من أساسها ولا تصححها الإجازة.

والوجه في ذلك: لأنّ قصد انتقال المالين هو أساس المعاملة الحقيقية فإذا تحقّق حكم بصحة العقد وإلّا فلا.

هـ: الإجازة كما مرّ في بيع الفضولي تصحّ استناد البيع إلى المالك فقط، ومع صدور البيع من المالك هذا الاستناد حاصل فلا نحتاج إلى الإجازة المستأنفة لأجل استناد البيع إليه.

الثاني: الصحة مع الإجازة

أ: واستدلّ له فخرالمحقّقين وتبعه المحقّق والشهيد الثانيين ـ كما مرّ منهم ـ بأنّ البائع ـ في مسألتنا ـ لم يقصد البيع اللازم، بل قصد البيع الموقوف على الإجازة المستأنفة من مورِّثه ـ المالك بظنّه ـ أو من يقوم مقامه، وحيث أنّ البيع وغيره من العقود تعدّ من الأُمور القصدية ولا يتحقّق بدونه فكذلك في لزومه أو توقّفه على الإجازة.

وفيه: قد مرّ في أدلة الصحة أنّ هذا القصد حتّى لو صدر من العاقد لا اعتبار بـه والوجه في ذلك أنّ المعاوضة الحقيقية تتحقّق بين مبادلة المالين وهذا القصد يكون ملغىً في العرف والشرع والعقل.

ب: يمكن أن يقرر هذا الاستدلال (أ) بوجه آخر وهو: إنّ البائع لم يقصد الملك من حين المعاملة بل من زمان إجازة المالك، فلو لم يجزها بعد الانكشاف فلا يحصل الملك أبداً.

إنْ قُلْتَ: هذا التقدير ينافي مذهب المحقّق الثاني في أنّ الإجازة كاشفة عن الملك من الابتداء، فلو كان قصد البائع هو الملك بعد الإجازة فلا يتحقّق هناك ملك من الابتداء

(١) كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٣٨.

لتكشف الإجازة عنه.

قلت: يمكن أن يكون مراد المحقّق الثاني أنّ الملكية إنّما تحصل من حين المعاملة فيما إذا استندت المعاملة إلى المالك بالإجازة، فلها دخل في تحقّق الملك من الابتداء ولولاها لم يتحقّق الملك أصلاً.

وفيه: هذا الدليل أخص من المدّعىٰ لأنّه لايجري فيما إذا باع شيئاً باعتقاد أنّه ملك الغير وأنّه وكيله في بيعه من قبل مالكه ثمّ ظهر أنّه ملكه، فإنّه في هذه الصورة قصد النقل والملك من حين المعاملة لا معلّقاً على إجازة المالك لاعتقاد أنّه وكيل هذا **أوّلاً**.

وثانياً: كون البيع متوقّفاً على الإجازة أو غير متوقّف عليها ليس دخيلاً في حقيقة البيع ليعتبر قصده أو يقصد قصد خلافه، وإنّما هو من الأُمور المعتبرة في صحة البيع إذا وقع البيع على مال غيره وأمّا إذا وقع البيع على مال نفس العاقد فلا يعتبر في صحته إجازته ولعلّ هذا مراد المحقّق الثاني بقوله: «إلّا أنْ يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كاف[1]»[2].

ج: المُقْدِمُ على بيع مال غيره يستحيل له أن يتمشّى منه قصد المعاوضة الحقيقية المنجّزة إلّا إذا أعتقد أنّه المالك للمال، وحيث أنّه يرىٰ أنّ الغير (مورِّثه) هو المالك فلا يتمشىٰ منه قصد الانتقال المنجّز، وبالتالي هو قَصَدَ الانتقال مع الإجازة المستأنفة فلا يمكن تصحيح البيع إلّا بها.

وفيه: الاستحالة تكون على عكس ما ذُكر، لأنّ من المستحيل أن يقصد أمراً خارجاً عن اختياره وإرادته، لأنّ القصد يتعلّق بما يكون تحت قدرته واختياره وحيث إجازة المالك تكون خارجةً عن قدرة العاقد واختياره ـ لأنّ كلَّ شخص يقدر على فعل نفسه لا فعل غيره ـ **﴿لا أملك إلّا نفسي﴾**[3] فمن المستحيل أن يتعلّق بها ـ أي الإجازة المستأنفة ـ قصد العاقد. فهو لايتمكن إلّا من قصد مطلق المعاوضة الحقيقية لا المعلَّقة

---

(١) جامع المقاصد ٤/٧٦.

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/٤٠ و ٤١.

(٣) سورة المائدة /٢٥.

على الإجازة المستأنفة.[١]

د: العمومات والإطلاقات تدل على صحة المعاملات بانضمام قوله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه[٢] منصرفة إلى بيع كلّ واحد واحد من المالكين بعنوان أنّه مالك، وهذ المعنى مفقود في المقام لأنّه وإن باع مال نفسه واقعاً إلّا أنّه باعه بعنوان ملك الغير، فلم تصدر المعاملة منه بعنوان أنّه مالك فلا تصحّ المعاملة منه ولاتستند إليه بهذا العنوان، بل تحتاج في استنادها إليه وصدورها منه بعنوان أنّه مالك إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنّه مالك.[٣]

وبعبارة أُخرى: لا يكفي في صحة المعاملات مجرد استناد المعاملة إلى صاحبها ومن يلي أمرها، بل لابدّ من انضمام طيب نفسه وَرِضاهُ بانتقال ماله إلى الغير بدلالة حديث طيب النفس وهو مفقود في العقد الصادر من الوارث ـ مثلاً ـ في المقام وبالنتيجة العقد يتوقّف على صدور إجازته ـ الدلالة على رضاه ـ حتّى يصحّ.[٤]

وبعبارة ثالثة: «اعتقاد العاقد أنّ المال للغير وقصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييديّة لما ذكرنا من أنّ قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقة إنشاء البيع، وأمّا بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييديّه حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور، بل إنّما رضي بانتقاله إلى الآخر من ناحية الغير.

نعم، لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالك المال يتمّ البيع ويصير تراضياً معامليّاً له»[٥].

وفيه: الاستناد إلى المالك العاقد موجود كما اعترف به المستدِّل في التقرير الثاني،

---

(١) راجع العقد النضيد ٤٦١/٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

(٣) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٣٩/٢.

(٤) راجع العقد النضيد ٤٦٢/٤.

(٥) إرشاد الطالب ٦٧/٤.

وأمّا قصده إلى المعاملة لمورِّثه فهو مُلْغىً لأنّ حقيقة المبادلة هي مبادلة المالين ولا عبرة بِالْمالِكَيْنِ، وأمّا اعتبار طيب النفس والرِّضا فهو مضافاً إلى ما هو معتبر في الاستناد محلّ تأمل بل منع، والشاهد عليه بيع المضطر، ولذا قال الجدّ الشيخ جعفرﷺ: «... وكذا [مردودٌ] القول بتوقفه على الإجازة، إذ لا حاجة بها بعد المصادفة»[١].

وبالجملة: إجازة المالك العاقد بيع نفسه عجيبٌ في الغاية وبعيدٌ إلى النهاية.

الثالث: البطلان

وَمُسْتَنَدُهُ وجوهٌ:

أ: استدلّ العلّامة للبطلان بقوله: «لأنّه كالغائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»[٢].

وقرّره ولده الفخر بقوله: «لأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»[٣].

ونحوه في نهاية[٤] والده.

ومرادهمﷺ: أنّ البائع مع فرض اعتقاده بأنّ المال ملك الغير كيف يصحّ أن يبيعه للمالك مع أنّه أجنبي عن المال، فهو في الحقيقة كالعابث في المعاملة هذا.

وفيه: الفضولي يقصد المعاوضة الحقيقية وليس غائباً عن المال ولا عابثاً بالعقد، فتمّ عقده مع إجازة المالك.

وفي المقام حيث يستند العقد إلى العاقد ومع ظهور كونه مالكاً له يَتُمُّ العقد من دون احتياج إلى الإجازة المستأنفة.

ب: استدلّ للبطلان العلّامة في نهايته: «لأنّه وإن كان العقد منجّزاً في الصورة إلّا أنّه

---

(١) شرح القواعد ٩٨/٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

(٣) إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

(٤) نهاية الإحكام ٤٧٧/٢.

في المعنى معلَّق وتقديره إن مات مورِّثي فقد بعتك...»[١].

وقال ولده الفخر: «ولأنّه وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنى معلَّقٌ، والتقدير إن مات مورِّثي فقد بعتك»[٢].

واعترض عليهما الشيخ الأعظم[٣] بأنّ هذا الوجه مناقض للوجه الآتي [ج] حيث ذكرا فيه أنّه يبيعه للمالك ـ أي أبيه ـ لا لنفسه، فإذا باعه للمالك كيف يعلِّقه على موته، هذا أوّلاً.

وثانياً: ما معنى أنّه يبيعه للمالك وهو الأب معلَّقاً على موته؟ مع أنّ الكلام في هذه الصورة إنّما هو فيما إذا باعه للمالك لا لنفسه، ولذا قال المحقّق الخوئي: «هذا الوجه لابدّ وأن يحمل على سهو القلم لجلالة شأن العلّامة وولده عن الاستدلال بمثل ذلك في المقام»[٤].

أقول: قد يأتي أنّ الاستدلال الآتي [ج] يقع في كلام الفخر فقط دون والده العلّامة فاحتمال سهو القلم لا يجرى بالنسبة إلى العلّامة.

ج: قال الفخر: «لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه...»[٥].

مراده: أنّ البائع إنّما قصد البيع لأبيه فيما إذا باع مال أبيه بظن حياته فبان ميّتاً، فهو باعه للأب لا لنفسه فلا يقع له بوجه لأنّ العقود تابعة للقصود، ويحكم ببطلانه للعاقد البائع.

وفيه: العاقد باعه لمالكه وتخيّل أنّ أباهُ هو المالك، لا لخصوصية فيه، فإذا عرفت أنّ المال ماله فيقع العقد له، لأنّ حقيقة المعاملة هي المبادلة بين المالين كما مرّ. وقصد أنّ البيع يكون لمالكه هو أمر زائد عليها [المبادلة] فيكون لغواً.

---

(١) نهاية الإحكام ٢/٤٧٧.

(٢) إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

(٣) المكاسب ٣/٤٦١.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٣٩.

(٥) إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

الرابع: الصحة مع الخيار

قد مرّ أنّها الأظهر عِنْدَ جدّي الشيخ محمّدتقي[١]، ولا يخلو من قوة عند عديله الشيخ اسدالله[٢] و أحد احتمالي المتجه فيه عند صاحب الجواهر[٣].

واستدلوالها: بأنّ البائع أقدم على التمليك المتزلزل لا النافذ، لأنّه أقدم على عقد يحتاج إلى إجازة المالك، لأنّ العاقد البائع يرى نفسه فضوليّاً، ثمّ بعد ظهور أنّه بنفسه كان مالكاً حين العقد إذا حكم بلزوم العقد عليه قد يكون ضرّرياً بالنسبة إليه، فيثبت له الخيار لدفع هذا الضرر.

وبالجملة: قاعدة نفى الضرر تجري في المقام لدفع الضرر عن البائع العاقد الذي ظهر أنّه بنفسه المالك وتثبت له الخيار في فسخ عقده.

قد يورد على هذا الاستدلال اعتراضاتٌ:

الاعتراض الأوّل:

واعترض عليهم الشيخ الأعظم بقوله: «... الضرر المترتّب على لزوم البيع ليس لأمرٍ راجع إلى العوض والمعوّض وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه، إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتّفق في الفضولي، أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله [كما في مسألتنا]. إذ من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الإجازة، إذ لايلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر»[٤].

مراده: «أنّ المعاملة تارة: تكون محكومة بالصحة في حدّ نفسها إلّا أنّ العوضين يستلزمان الضرر على أحد المتعاملين لنقص في قيمتهما أو لعيب في ذاتيهما ولأجل ذلك يرتفع لزوم المعاملة وتكون خيارية وجائزة.

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٦.

(٢) مقابس الأنوار /١٣٧.

(٣) الجواهر ٢٣/٤٨٢ (٢٢/٣٠٠).

(٤) المكاسب ٣/٤٦٥.

وأُخرى: تكون المعاملة في حدّ نفسها مورداً للكلام من حيث الصحة والفساد، لعدم شمول العمومات لها من دون أن يكون هناك ضرر في شيءٍ من العوضين بحيث لو حكمنا بصحتها لما كان ذلك موجباً لتضرّر أحدهما من حيث العوض والمعوّض لعدم نقص في قيمتهما أو في ذاتيهما، ففي مثل ذلك لو كان هناك ضرر فهو إنّما يكون ناشئاً من أصل العقد والمعاملة لا من جهة لزومها فمقتضىٰ القاعدة عدم صحة مثلها إلّا بالإجازة المتأخرة، لا أنّها صحيحة ويرتفع لزومها، لما عرفت من أنّ لزومها غير ضرري بحسب الفرض وإنّما الضرر في أصل المعاملة وصحتها حيث أنّه أمرٌ لم يلتفت إليه ولم يكن راضياً به ومعه يكون الحكم بوقوع المعاملة من غير اختياره ضرراً عليه لا محالة فترتفع صحتها بالقاعدة»[1].

فيكون العقد متزلزلاً من حيث الحدوث لا البقاء، فيحتاج إلى الإجازة المستأنفة لا اللزوم وثبوت الخيار.

وبعبارة أُخرى: قاعدة لا ضرر ترفع لزوم العقد ولزوم العقد فرع صحته، وإذا لم يصح العقد لعدم صدور الإجازة المستأنفة من البائع العاقد المالك في مسألتنا لا نحتاج إلى نفي لزومه بقاعدة لا ضرر.

وبفرض جريانها أنّها [أي قاعدة لا ضرر] تنفي صحة العقد وَتُثْبِتُ احتياجه إلى الإجازة المستأنفة ولا تنفي لزومه وَتُثْبِتُ الخيار.

أقول: يمكن أن يناقش الشيخ الأعظم: بأنّ العقد عند المشايخ الثّلاثة صحيحٌ لاستناده إلى البائع العاقد المالك، فالصحة تامة ولا تحتاج إلى الإجازة المستأنفة، ولكن من المحتمل أن تكون المعاملة بالنسبة إليه ضرريّاً فيرتفع هذا الضرر المحتمل بقاعدة لا ضرر بثبوت الخيار. فاعتراض الشيخ الأعظم لا يرد عليهم لاختلاف المبنىٰ في الصحة وعدمها بينه وبينهم.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٤٣.

الاعتراض الثاني:

صحة العقد في المقام لا تتم لأنّها تتوقف على جُزْئَيْنِ هما:

أ: استناد البيع إلى المالك.

ب: حصول الرضا وطيب النفس بالانتقال.

وكلاهما مفقودان، لأنّ البائع العاقد يبيع في مسألتنا لأبيه فلم يستند العقد إليه، رضاه وطيب نفسه تكون على بيع مال والده لا بيع ماله نفسه.

فهذا العقد لا يكون صحيحاً حتّى يرتفع استمرار صحته بثبوت الخيار بدليل قاعدة لا ضرر.

أقول: يرد عليه بأنّ استناد البيع إلى المالك العاقد البائع تام لأنّه بنفسه أقدم على البيع وبعد تمامية الاستناد، طيب النفس والرضا حاصل لأنّ المعتبر منهما لا يزيد على الاستناد شيئاً، ومازاد على الاستناد لا يعتبر طيب النفس والرِّضا. فهذا الاعتراض مدفوع من أساسه كما يظهر هذا الجواب ممّا مرّ.

الاعتراض الثالث:

قاعدة لا ضرر تنفي ما ينشأ منه الضرر ولا يثبت أمراً مثل الخيار وغيره لأنّ لسانه لسان النفي لا الاثبات كحديث الرفع.

وما ينشأ منه الضرر في المقام هو صحة البيع من دون الإجازة المستأنفة فهي تنفي بقاعدة لا ضرر، فلا يمكن إثبات الخيار بها ولا نحتاج إلى إثباته بعد نفى الصحة بالقاعدة كما هو الواضح.

الاعتراض الرابع:

لو ذهبنا إلى صحة العقد وأنّ قاعدة نفي الضرر تَرْفَعُ لزومه ـ لا صحته ـ فَإِنَّ ذٰلكَ يَسْتَلْزِمُ صحة انتقال مال الغير مع عدم رضاهُ وطيب نفسه ويستلزم منه تخصيص حديث «لا يحلّ مال اَمْرِئٍ مُسْلِمٍ إلّا بطيب نفسه»، مع أنّ الأدلة العامة في المعاملات تقتضي اشتراطها بالرضا وطيب النفس، فمع عدمهما يحكم ببطلانها لا صحتها وعدم لزومها بثبوت الخيار.

تنبيهٌ: في عدم ابتناء هذه الصورة على القول بالصحة في بيع الفضولي

لعلّ أوّل من نبّه على عدم الابتناء هو المحقّق الشيخ اسدالله التستريﷺ حيث يقول: «واعلم أنّ هذه المسألة كبعض المسائل السابقة جارية على القول ببطلان الفضولي أيضاً»[١].

وأيّده الشيخ الأعظمﷺ بقوله: «ثمّ إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطلان»[٢].

ثمّ استدرك عليه بقوله: «إلّا أنّ يستند في بطلانه [الفضولي] بما تقدّم من قبح التصرّف في مال الغير فيتّجه عنده حينئذ البطلان»[٣].

مرادهﷺ: عدم ابتناء هذه الصورة على القول بالصحة في بيع الفضولي تام لو كان دليل البطلان غير الوجه العقلي ـ وهو قبح التصرف في مال الغير ـ وأمّا لو كان دليله هذا الوجه العقلي يوجِّه القول بالبطلان في هذه الصورة أيضاً لأنّ البائع باعتقاده تصرَّف في مال الغير بدون إذنه وهو قبيح عقلاً، لأنّ القبح يترتب على اعتقاد كون المبيع ملك الغير فإن كان مصادفاً للواقع كان عصياناً وإن كان غير مصادف كان تجرِّياً، ولا فرق في جريان القبح بين العصيان والتجرِّي.

ولكن يناقش عليه: أوّلاً: بعدم تمامية المبني كما مرّ في بحث بيع الفضولي.

ثانياً: مجرد القبح العقلي لا يستلزم مع الفساد الشرعي مادام لم يستلزم مع هذا القبح العقلي الحكم بالحرمة شرعاً، وفى التجري نعلم بأنّ المتجري غير مرتكب للحرام الشرعي بوجه ومجرد القبح العقلي لا يوجب الحكم الشرعي بالفساد.

هذا تمام الكلام في الصورة الثالثة والحمد لله.

الصورة الرابعة: لو باع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له

قال الشيخ اسدالله التستري: «الخامس: أن يبيع أو يشتري لنفسه ثمّ ينكشف كونه

---

(١) مقابس الأنوار /٣٩ من كتاب البيع.

(٢) المكاسب ٣/٤٦٥.

(٣) المكاسب ٣/٤٦٦.

مالكاً للمال وأنّ العقد صادف ملكه. والأقرب صحة البيع وعدم توقفه على الإجازة ووجهه ما مضى...»[١].

وقال جدي الشيخ محمّدتقى صاحب الهدايةﷺ: «ولو اعتقد أنّه لغيره فباعه عن نفسه غصباً، ثمّ تبيّن أنّه ملكه احتمل قويّاً لزومه»[٢].

وقال الشيخ الأعظم: «والأقوى هنا أيضاً الصحة ولو على القول ببطلان الفضولي والوقوف على الإجازة بمثل ما مرّ في الثالثة، وفى عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة، ولذا قوّى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة»[٣].

أقول: أنت ترى بأنّ العديلين ذهبا إلى صحة هذا البيع ولزومه ولكن الأقوى عند الشيخ الأعظم الصحة مع الإجازة المستأنفة ولكنّه يرى عدم الوقوف على الإجازة المستأنفة في هذه الصورة وجه وهو مطابقة ما قُصد لما انكشف، إذ المفروض أنّه قصد البيع لنفسه وانكشف كون المال له بخلاف الصورة الثالثة فإنّ المقصود فيها هو البيع عن المالك والمُنْكَشَف هو كون العاقد هو نفس المالك فهذان ـ ما قُصد وما كُشِفَ ـ ليسا مطابقَيْن بل هما متغايران فتحتاج الصورة الثالثة إلى الإجازة دون الصورة الرابعة عند الشيخ الأعظم في هذا الوجه.[٤]

ومراده هنا من «بعض من قال بالخيار في الثالثة» هما الشيخان العديلان اسدالله التستري ومحمّدتقي الرازي النجفي الأصفهاني ﷺ كما مرّ مقالتهما.

وقال المحقّق السيّد الخوئي القائل[٥] بمقالة الشيخ الأعظم في الصورة الثالثة ـ وهي الصحة مع الإجازة المستأنفة ـ في هذه الصورة الأخيرة: «ولا اشكال في صحة البيع حينئذ [أي الصورة الرابعة]، لعدم قصور ذلك عن الصورة المتقدّمة وبيعه للغير، وإنّما

---

(١) مقابس الأنوار، كتاب البيع /٣٨.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٦.

(٣) المكاسب ٣/٤٦٦.

(٤) راجع هدى الطالب ٥/٣٨١.

(٥) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/٤٤.

الكلام في أنه يحتاج إلى الإجازة بعد الالتفات أو لا؟ الظاهر أنه لا حاجة إلى الإجازة بعد الانكشاف، إذ الحاجة للإجازة فيما تقدّم إنّما هي من جهة عدم استناد البيع إلى نفسه لاعتقاده أنّ المال للغير ولأجل عدم رضاه ببيع ماله، وذكرنا أنّهما يحصلان بالإجازة المتأخّرة، وهذا لا يحتاج إليه في المقام، لأنّه باعه لنفسه بدعوىٰ الملكية العقلائية كالغاصب ونحوه وإن اعتقد أنه للغير شرعاً، وهذ المقدار من البيع والرضا يكفي في المعاملات ولا يحتاج فيها إلى العلم بالملكية الشرعية، وهذا نظير معاملات جميع الخارجين عن شريعة الإسلام فإنّهم إنّما يتعاملون بالملكية العقلائية أو الاعتبارية الشخصية كاليهود ونحوهم بل المسلمين غير المتديّنين كما إذا قامر فغُلب وأُخذ منه شيء ثمّ قامر وغلبه وأخذ منه ما غلبه به بعينه فباعه حيث إنّه ملكه شرعاً وواقعاً إلّا أنه اعتقد أنه للغير واقعاً وله بالملكية العقلائية، ففي مثل ذلك لايحتاج إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنه ملكه واقعاً، لعدم اشتراط البيع بالعلم بالملكية الشرعية، بل العلم بالملكية العقلائية كافٍ كالمأخوذ بالقمار ونحوه حيث إنّ العقلاء غير المتديّنين يعتبرونه مالكاً ويقولون إنّه مالك لكذا مقدار من المال مع أنه بأجمعه مأخوذ بالقمار والغصب»[1].

والعجب من المحقّق المروِّجﷺ حيث يرى أوّلاً وجه الشيخ الأعظم غير وجيه:

[١] لأنّ طيب النفس حاصل بماله الادّعائي لا بماله الواقعي. ولو علم بأنّه من أمواله الواقعية دون أمواله المغصوبة فلعلّه لم يكن راضياً ببيعه... لأنّ الرضا ببيع مال الغير مع البناء على كونه ماله إدّعاءً وعدواناً ليس رضاً حقيقة ببيع ماله الواقعي.

[٢] مع ظهور أدلة اعتبار طيب نفس المالك في حِلِّ ماله لغيره في كون الطيب والرضا بماله بوصف كونه مالَه لا رضاه بذات المال.

[٣] وهو ما يقتضيه العقلُ أيضاً بقبح التصرف في مال الغير من غير رضاه.

[٤] الأصل ـ وهو هنا الاستصحاب ـ يقتضي أيضاً عدم جواز التصرف إلّا برضا مالك المال بالتصرف في ماله الواقعي بما أنّه ماله، لا مجرد جنس الرضا القائم بذات ماله

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٦/٢.

بدون إحراز ملكيّة المال له واقعاً... .

ثمّ يرى ثانياً بإمكان القول بفساد البيع في هذه الصورة الرابعة لعدم قصد المعاوضة مع اعتقاد العاقد كون المال لغيره أنّه أخذ العوض عن المشتري مَجّاناً وهذا ينافي المعاوضة الحقيقية المعتبرة في المعاملات.

ثمَّ في آخر كلامه أمر بالتأمل.(١)

وجه التعجب أوّلاً: [١] الرِّضا ببيع ماله الإدعائي العقلائي ـ عند المحقّق السيّد الخوئي ـ يكفي في صحة البيع ولا نحتاج إلى الرضا ببيع ماله الواقعي لأنّه أقدم بنفسه على البيع من دون إكراه وإجبار فالبيع يستند إليه، وهذا الاستناد يصح البيع من دون الحاجة إلى رضاءٍ آخَرَ.

[٢] قد مرّ بعدم اعتبار طيب نفس المالك في حلّ ماله اضافة إلى استناد البيع إلى مالكه وهو هنا حاصل.

[٣] على تمامية الاستقباح العقلي في التصرف في مال الغير، يجري إذا لم يستند البيع إلى المالك وإمّا بعد استناده فلا يجري هذا القبح العقلى المُدَّعىٰ.

[٤] بعد وجود الأدلة اللفظية علىٰ صحة هذا البيع وهي العمومات والإطلاقات فلا تصل النوبة إلى جَرَيانِ الأصل العملي هنا وهو الاستصحاب.

وثانياً: المعاوضة الحقيقية تقع بين المالين ـ العوضين ـ لا بين اعتقاد أنّه ماله أو ماله غيره وأنّه أخذ المثمن باعتقاده مجاناً، لأنّ الاعتقاد لا يجري في المعاوضة الحقيقية، لأنّها تقع بين الثمن والمثمن الخارجيين ـ لا الاعتقاديين ـ.

ولعلّه ﷺ بالنظر إلى هذه الوجوه أمر بالتأمل في آخر كلامه رفع الله في الخلد مقامه.

تتميم:

يمكن تَصَوُّرُ فروعٍ لَمْ يَذْكُرْها الشيخ الأعظم في المقام أذكر لك بعضها والباقى موكول إلى فقاهة القارئ الفطن:

---

(١) هدى الطالب ٣٨٢/٥ و ٣٨١.

الصورة الخامسة: «لو باعه على أنّه ملكه فتبيّن بعد ذلك أنّه لمورِّثه ثمّ تبيّن موته حين العقد فلا إشكال في الصحة واللزوم»(١) لما مرّ في الصور الماضية.

الصورة السادسة: «لو باعه عن المالك باعتقاد الوكالة عنه، ثمّ تبيّن أنّه ملكه ففي الحكم بلزومه وجه قويٌّ ولا يخلو من إشكال»(٢).

وجه الاشكال: عدم رضاه بانتقال ماله إلى المشتري، وما اوقعه العاقد لم يقع وما وقع مِنْ بيع مال نفسه لم يقصده.

وقد مرّ جوابنا عن هذين الاشكالين فلا نُعِيْدُ.

صُوِرٌ سِتٌّ: ذكرها الفقيه اليزدي وهي: «[١] ما إذا باع باعتقاد أنّه للمولّى عليه أو الموكّل فبان أنّه للآخر، [٢] أو باعتقاد أنّه لأحدهما فبان كونه لنفسه [٣] أو بالعكس، [٤] أو باعتقاد كونه للموكِّل ـ الذي هو زيد ـ فبان أنّه الآخر، [٥] أو باعتقاد أنّه للمولّى عليه المعيَّن فبان أنّه لآخر، [٦] أو باعتقاد أنّه المال الكذائي فبان أنّه غيره وهكذا»(٣).

ثمّ قال: «والحكم في الكل الصحة والتوقف على الإجازة من عدم الرضا بنقل هذا الشيء وبالعنوان الذي لابدّ من قصده والرضا به...»(٤).

أقول: الصورة الاولى المذكورة في كلامه‌ﷺ فضوليّةٌ، ولذا لابدّ فيها من إجازة الآخر، ولذا قال الشيخ جعفرﷺ: «ولو انعكس الحال فزعم الملك أو الولاية أو الوكالة فبان خلافها كان فضوليّاً»(٥).

وصورته الثالثة هي عين الصورة الثانية للشيخ الأعظم.

وصورته الرابعة هي عين صورته الخامسة من دون تغيير.

وأمّا بقيّة الصور المذكورة في كلام الفقيه اليزديﷺ فحكمها حكم الصورة الرابعة

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٦.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٦.

(٣) حاشية المكاسب ٢/٢٥١.

(٤) حاشية المكاسب ٢/٢٥١.

(٥) شرح القواعد ٢/٩٨.

وهو الصحة من دون الاحتياج إلى الإجازة المستأنفة خلافاً لما ذكره والدليل عليه ما مرّ في الصورة الرابعة فلا نعيد.

ولذا قال الشيخ جعفر، «ومقتضى ذلك سراية الحكم إلى عقد الولي والوكيل مع جهلهما بملكيتهما فيصحّ نكاح مَنْ زوّجت نفسها فضولاً أو وكالةً بزعم أنّها أمَة فظهرت حرّة، ومن زوّج أمرأة بزعم أنّها حرّة أو أمَة الغير فظهرت أمته، ومن زوّج أجنبيّة صغيرة فظهرت بنته، إلى غير ذلك»[١].

هذا تمام الكلام في الصورة الرابعة وبه تمّ القول في المُجيز والحمدُ لِلّه ٱلْقَوِيِّ ٱلْعَزِيز.

(١) شرح القواعد ٩٨/٢.

وَصْلٌ:

القول في المُجاز

ويتمّ البحث فيه ضمن أُمورٍ:

الأوّل: اعتبار كون العقد المجاز جامعاً للشروط

العقد الصادر من الفضول لابدّ أن يكون جامعاً لجميع الشرائط المعتبرة في العقد سوىٰ رضا المالك أو استناد العقد إليه، لأنّ في غير تلك الصورة يقع فاسداً ولا يمكن أن تكون الإجازة المتأخرة مصححة للعقد الفاسد.

لأنّ الإجازة ليست بأولىٰ من عقد المالك نفسه على شيء فلو عقد وكان عقده فاقداً لبعض شرائط الصحة يقع باطلاً، وكذلكِ ليست بأولىٰ من الإذن السابق فلو أذن في انشاء عقد فاقد لبعض شرائط الصحة يكون باطلاً. هذا بحسب الكبرى.

وأمّا بحسب الصغرى: «فلا إشكال في أنّ العقد لابدّ وأن يكون حاويّاً للشرائط الراجعة إلى العقد كالماضوية والعربية والتطابق وغيرها ـ [على القول باعتبارها] ـ فلو كان فاقداً لبعض تلك الشرائط يقع فاسداً.

وأمّا الشرائط المعتبرة في المتعاقدين: بما هما متعاقدان ـ لا بما هما مالكان ـ كالبلوغ والعقل ونحوهما، فلا إشكال في اعتبارها أيضا، فلو كان المتعاقدان أو أحدهما صبياً أو مجنوناً فلا تقع المعاملة بالإجازة المتأخّرة صحيحة، لأنّ عقدهما كلا عقد.

وأمّا الأُمور والشرائط المعتبرة في العوضين كالمالية أو الطهارة والطلقية ونحوها فهي أيضاً معتبرة في العقد الصادر من الفضولي بحيث لو كان العوضان فاقدين لبعض هذه الشروط كما إذا كان أحدهما خمراً أو كانت الأمة أُمّ ولد أو كان فاقداً للمالية وهكذا، فلا ينبغي الإشكال في فساد العقد حينئذ وإن انقلب الخمر إلى الخلّ أو مات ولد الأمة أو عرضت المالية عليه حال الإجازة، وذلك لاعتبار هذه الشروط في متعلّق البيع والعقد، والإجازة ليست عقداً مستأنفاً ولا بيعاً ثانياً فلابدّ من اتّصاف العوضين بهذه الشروط

حال العقد ولعلّه ظاهر.

وأمّا الشرائط ا لخارجة عن متعلّق البيع والمتعاقدين والعقد وهي الأُمور المعتبرة في المعاملة خارجاً وقد عبّر عنها شيخنا الأنصاري[١] بشرائط تأثير العقد كاشتراط القدرة على التسليم أو الشرائط المعتبرة في المالكين وإن لم يكونا عاقدين كالإسلام في مشتري المصحف والعبد المسلم بناءً على أنّ الكافر لا يملك شيئاً منهما فهي غير معتبرة في العقد بوجه، بل القدرة على التسليم كما لا تعتبر في حال العقد كذلك لا تعتبر في حال الإجازة أيضاً، وإنّما تعتبر في ظرف التسليم وهو أمر يختلف باختلاف الأغراض، فربما يشترط التسليم في ظرف الإجازة وأُخرى في غيره من الأزمان كمن باع عشرة أمنان من الحنطة في ذمّة زيد فضولة على أن يسلّمها بعد ستّة أشهر ثمّ أجازها المالك من دون أن يكون قادراً على تسليمها حال الإجازة.

وكذا الإسلام فإنه لا يعتبر حال العقد أبداً، لأنّ الدليل الدالّ على اعتباره في المشتري بعد الإجماع هو قوله تعالى: **﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾**[٢] بأن يكون اختيار المسلم بيد الكافر يفعل في حقّه ما أراد، ومن الواضح أنّ العقد بمجرده لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أبداً، وإنّما هو يتحقّق بالإجازة، إذ لا يمكنه التصرف في العبد قبلها، فإذا فرضنا أنّ المشتري الكافر حال العقد أسلم حين الاجازة صحّ العقد والإجازة بلا إشكال. نعم بناء على الكشف الحقيقي أمكن القول بالفساد لتحقّق الملكية والسبيل حين العقد.

ثمّ إنّه هل يعتبر الاستمرار في الشروط المعتبرة حال العقد إلى زمان الإجازة بحيث لو انتفى بعضها بعد العقد وقبل الإجازة بطلت الإجازة، أو لا يعتبر فيه الاستمرار؟

ذكر شيخنا الأنصاري[٣] ﷺ بالنسبة إلى شروط العوضين: أنّ الظاهر اعتباره على القول بالنقل، لعدم تمامية البيع قبلها، وحين تماميته بالإجازة لا شرط بحسب الفرض

---

(١) المكاسب ٣/٤٦٧.

(٢) سورة النساء /١٤١.

(٣) المكاسب ٣/٤٦٨.

فتقع المعاملة باطلة. وكذا يعتبر الاستمرار على القول بالكشف من جهة أنّ زمان الاستناد إلى المالك إنّما هو زمان الإجازة، ومع فقد بعض الشرائط المعتبرة في المعاملة لا يكفي إسناد المعاملة الفاقدة لبعض الأُمور المعتبرة فيها إليه هذا.

والظاهر أنّ الاستمرار إلى حال الإجازة غير معتبر على كلا القولين، وذلك لأنّ الكلام في شرائط البيع لا الملكية، وقد فرضناه جامعاً لشرائط البيع حال العقد والبيع، والإجازة ليست بيعاً ولا عقداً مستأنفاً، فاعتبارها في حال الإجازة أيضاً يحتاج إلى دليل آخر، والوجه في ذلك ما عرفت من أنّ شرائط البيع غير شرائط الملكية كما في بيع الكلب والمتنجّس ونحوهما حيث إنّهما مع ماليتهما منع الشارع عن بيعهما تعبّداً، إذ لا إشكال في أنّ الكلب ملك فلذا أوجب الشارع ضمانه على من أتلفه، وكذا الحال في المنع عن بيع أُمّ الولد فإنّها ملك ويجب دفع قيمتها لو قتلها أحد ومع ذلك قد منع عن بيعها، فهذه شرائط البيع دون الملك، والمقدار الثابت من أدلّتها اعتبارها حال البيع، والمفروض أنّها كانت متحقّقه حال البيع والعقد، واشتراطها واعتبارها حال الإجازة أيضاً يتوقّف على دليل، وهذا بخلاف الشرائط المعتبرة في الملك فإنّها شرط للملك بغضّ النظر عن وقوع البيع كما في الخمر فإنّها غير قابلة للملك حتّى لو لم يكن بيع أصلاً. وكلامنا إنّما هو في شرائط البيع لا شرائط الملك.

فرع: إذا انقلب الخل بعد العقد إلى الخمر ثمّ صار خلاً فهل يصحّ الانتقال أو لا؟ الظاهر أنه لا ينتقل إلى المشتري حينئذ على القول بالنقل لأنه صورة نوعية أُخرى غير الصورة التي وقع عليها العقد، وذلك لأنّ الخمرية والخلّية وإن كانتا من الأوصاف والأحوال عند العرف إلّا أنّهما بحسب نظر الشارع من الأوصاف النوعية التي بها تختلف الأشياء، فإذا صار خمراً ثمّ انقلب إلى الخل فهو قد اتّصف بصفة نوعية أُخرى غير الصفة الأُولى كما لايخفى، وهذا نظير ما إذا انقلب عبدٌ إلى الصورة النوعية الكلبية بمعجزة ونحوها ثمّ انقلب إلى الصورة النوعية الانسانية فإنّه لا إشكال في تغايره للإنسان الأوّل وكونه غيره حقيقة، وكذلك الحال في المقام، وعليه فيقع البيع باطلاً لأنّ متعلّقه تلف والموجود أمر آخر مغاير لما وقع العقد عليه، وأمّا على القول بالكشف فالبيع صحيح لأنّ

التبدّل يكون في ملك المشتري، هذا تمام الكلام في الجهة الأُولى»[١].

فذكلة القول في الأمر الأوّل

تبيّن ممّا نقلناه من كلام المحقّق السيّد الخوئيّ بطوله أنّ الشروط المعتبرة في العقد وما يتعلق به الإجازة تنقسم إلى خمسة أقسام:

الأوّل: الشروط المتعلَّقة بالعقد: كالماضوية والعربية والتطابق وعدم التعليق، وأنّه لابدّ من انحصار العقد باللفظ أو أنّه يشمل الفعل؟ والظاهر أَنَّهُ لابدّ من تحقّق هذه الشروط حين الإنشاء فقط دون الإجازة لأنّها ليست بعقدٍ.

الثاني: الشروط المتعلِّقة بالمتعاقدين: كالبلوغ والعقل والاختيار، والظاهر من الدليل هو اعتبار هذه الشروط حين الإنشاء فقط.

الثالث: الشروط المتعلِّقة بالعوضين: كاشتراط معلوميتهما وماليتهما وإنّهما ملك طلق لمالكيهما، لابدّ من اعتبارها حين إنشاء العقد دون الإجازة، لأنّها ليست عقداً مستأنفاً ولا بيعاً ثانياً.

الرابع: الشروط المتعلِّقة بتأثير العقد: كاشتراط القدرة على التسليم، فهذا الشرط لا يعتبر حين العقد ولا حين الإجازة وإنّما أُعتبر في ظرف التسليم وعند موعده.

الخامس: الشروط المتعلِّقة بالمالك بما هو مالك: كاشتراط إسلام المشتري في بيع المصحف والعبد المسلم، فهذا الشرط غير معتبر عند انشاء عقد الفضولي لأن مجرد العقد لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أو المصحف، وإنّما السبيل يتحقّق بالإجازة لعدم جواز التصرف في المبيع قبلها. نعم، بناءً على الكشف الحقيقي يمكن القول بالفساد لتحقّق الملكيّة والسبيل من حين العقد.

وأمّا لزوم استمرار الشروط المعتبرة من حين العقد إلى زمن الإجازة: فينبغي أن يقال: في القسم الأوّل: لا مجال لتوهم لزوم دوام شروط العقد إلى حين الإجازة لأنّ هذه الشروط تَنْتَهِيْ إلى تحقّق الانشاء وهو أمرٌ متصرم الوجود بمعنىً أنّ الإِنشاء يتحقّق بهذه

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/(٥٠-٤٧).

الشروط ولا يتوهم دوامها واستمرارها لأجله ولم يتعرض الشيخ الأعظم لِهٰذا القسم.

وفي القسم الثاني: قال الشيخ الأعظم: «لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتّى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الإشتراط»[١].

وفي القسم الثالث: ذهب الشيخ الأعظم[٢] إلى اعتبار استمرارها بناءً على النقل لعدم تمامية البيع قبلها، وبناءً على الكشف ذهب إلى أنّ استمرارها غير بعيد بعد احتمال الوجهين.

فهاهنا وافق الشيخُ الاعظمُ صاحبَ الجواهرِ[٣] من اعتبار استمرار هذه الشروط بناءً على الكشف ولكنه خالفه في الثمرات بين قولى النقل والكشف.[٤]

وقد عرفت: عدم وجود الدليل على استمرار شروط العوضين عند المحقّق السيّد الخوئي على قولي النقل والكشف، للفرق بين شرائط البيع وشرائط الملك، وما هو المعتبَّر عنده هو الأوّل دون الثاني. وشرائط البيع معتبَّر في حين البيع والعقد دون الإجازة، لأنّ الإجازة ليست ببيع مستأنف ولا دليل على اعتبارها حين الإجازة.

وفيه: بناءً على الكشف يكفي تحقّق شرائط البيع حين العقد على القاعدة، وأمّا بناءً على النقل فلابدّ من استمرار تحقّق شرائط البيع إلى حين الإجازة حتّى يَتِمَّ النقل والانتقال هذا بالنسبة إلى القاعدة الأوّلية.

أمّا التفصيل بين شرائط البيع وشرائط الملك فهو صحيح وإن يمكن النزاع الصغروى في بعض الموارد التي عدّها من شرائط البيع أو الملك.

فيمكن عدّ عدم كون المبيع كلباً أو ميتة أو عذرة أو أُمّ ولد أو الطلقية أو نحوها من شرائط البيع ويمكن عدّ عدم كون المبيع خمراً من شرائط الملك، لأنّ الشارع ألغى

---

(١) المكاسب ٣/٤٦٨.

(٢) المكاسب ٣/٤٦٨.

(٣) الجواهر ٢٣/٤٧١ (٢٢/٢٩٢).

(٤) المكاسب ٣/٤١٩.

الملكية بالنسبة إليه.

وأمّا الفرع الذي ذكره: وهو تغيير الصورة النوعية إلى الصورة النوعية الأُخرى في مثال الخلّ المتخذ من العنب والخلّ المتخذ من الخمر، أو الانسان الذي نشأ من نطفة ثمّ علقة ثمّ مضغة... والانسان المنقلَب من الكلب بالنظر الدقي العقلي الفلسفي فهو تام وأمّا بالنظر العرفي الذي يتبعه الشارع أيضاً فتام في مثال الخلّ لأنّ العرف يرى اختلاف القيمة بين الخلّين، وأمّا بالنسبة إلى مثال الانسان فلا يتم لأنّ العرف يرى الوحدة بين الانسانين ولذا لا يحتاج الثاني إلى تجديد عقد زوجته ولاتَنْتَقِلُ أمواله إلى ورثته بل هو مالك لها بعد رجوعه إلى الانسانية و...، وبالجملة: الحكم في الفرع يدور مدار العرف وحكمه بالوحدة أو التعدد لا الدقة العقلية الفلسفية.

وفي القسم الرابع: قد مرّ عدم اعتباره في حين العقد ولا حين الإجازة وإنّما اعتبر في ظرف التسليم فقط.

وفي القسم الخامس: بناءً على النقل والكشف الحكمي بأقسامها لابدّ من اعتبارها حين الإجازة وأمّا بناءً على الكشف الحقيقي فلابدّ من اعتبارها حين العقد إلى حين الإجازة وما بعدها.

تنبيهٌ: في نقل مقال الجدّ العلّامة

قال المحقّق التقي صاحب هداية المسترشدين: «ثاني‌عشرها: هل يشترط استجماع العقد لشروط الصحة حين وقوعه سوى رضا المالك وإذنه أو أنّه يكتفى بتحقّق الشروط حين الإجازة؟ فلو تعلّق العقد بشيء مجهول للعاقد الفضول وأجازه المالك مع علمه أو باع الآبق وقد استرد في وقت الإجازة أو باع الكافر مصحفاً أو مسلماً فأجازه بعد إسلامه، أو يكتفى بحصولها في أحد الحالين أو بحصولها من حين العقد إلى زمان الإجازة في الجملة أو يعتبر تحقّقها في الحالين؟ وجوه.

وظاهر بعض كلماتهم في الاحتجاج يعطي اعتبار الاستجماع حين[1] العقد، وهو

---

(١) ليس في نسخة: «الاستجماع حين... الأصل باعتبار».

الّذي يقتضيه الأصل باعتبار حصولها في الحالين.

وقد يقال: بالإكتفاء بحصولها حين الإجازة على القول بالنقل فإنّه في الحقيقة حال انعقاد العقد.

ويمكن أن يقال: بالتفصيل بين الشروط، فيعتبر في المملوكيّة أن تكون حاصلةً حين العقد، فلو باع ما لم يدخل في الملك كالمباحات قبل الحيازة والطير في الهواء ثمّ أجازها أو صاد الطير لم تؤثر الإجازة، سيّما على القول بالكشف، لوكانت حاصلة حين العقد فزالت بعد ذلك كما لو تلفت بعد العقد والقبض قبل الإجازة صح العقد بالإجازة، فيكون التلف من المشتري.

ويحتمل حينئذ اشتراط حصولها حين الإجازة أيضاً؛ إذ لولاها لُعدّت الإجازة سفهاً خارجاً عن مقصود العقلاء.

وأمّا القدرة على التسليم وإسلام المشتري في بيع المصحف والمسلم فيكتفى بحصول الشرط عند الإجازة؛ لعدم وضوح دليل على الفساد بمجرّد انتفائه حين العقد.

ولا عبرة بالتسليم الأصيل قبل الإجازة، والمفروض حصول القدرة عليه عند اعتبار التسليم، وأنه لا سبيل للمشتري على المبيع إلّا بعد الإجازة، فلا يفيد ما دلّ على دفع السبيل وقضى به مراعاة الإحترام فساد العقد في تلك الصورة، فيندرج تحت الأصل.

وأمّا معلوميّة العوضين ففيها وجهان.

ولا يبعد أن يقال في اشتراط استجماع الشروط حين العقد بما دلّ الدليل على اشتراط العقد به مطلقاً.

وأمّا ما كان اعتباره لجهة خارجة كنفي السبيل على المسلم وملاحظة الإحترام أخذ فيها بمقتضى ذلك الدليل، فلا يبعد على الصحيح في المثالين المفروضين»[١].

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى الأمر الأوّل.

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٦٠ و ٣٥٩.

الثاني: هل يعتبر علم المجيز بالمُجاز تفصيلاً؟

ويقع الكلام في مقامين:

أ: في اعتبار العلم ـ تفصيلاً أو إجمالاً ـ بوقوع العقد في صحة الإجازة، وعدم اعتبار العلم به مطلقاً وكفاية الإجازة حتّى مع احتمال وجود العقد.

ب: في صحة تعلُّق الإجازة بالمبهم وعدمها.

أمّا المقام أ:

فقال الشيخ الأعظم: «هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل ـ من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها ـ أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقدٍ قابلٍ للإجازة؟»[١].

أقول: قد مرّ أنّ العقد الفضولي تام من جميع الجهات إلّا من جهة استناده إلى المالك التي تمت بالإجازة اللاحقة. ولايشترط في الإجازة العلم التفصيلي بل يكفي العلم الإجمالي فيها. لأنّ الإجازة بمنزلة الإذن السابق فكما لا يعتبر العلم التفصيلي في الإذن السابق فكذلك في الإجازة اللاحقة كما يظهر من جدنا العلّامة التقي[٢] في عبارته الماضية[٣] سابقاً.

مقالة الشيخ الأعظم ونقده:

ولكن الشيخ الأعظم ذَكَرَ وَجْهَيْنِ في المقام وقال: «وجهان: [١] من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعيّن إلّا إذا بلغ حدّاً [من الإبهام] لا يجوز معه التوكيل. [٢] ومن أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد لأنّ المعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل»[٤].

أقول: قد مرّ آنفاً بأنّ الوجه [١] تامٌّ عندي. وأمّا الوجه [٢] فَمُرادُهُ‌ أنّ المالك مع

---

(١) المكاسب ٣/٤٦٨.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٣٦٠.

(٣) الآراء الفقهية ٥/٥٣٣.

(٤) المكاسب ٣/٤٦٨.

عدم العلم التفصيلي بالعقد تكون إجازته مُعَلَّقَةً.

نحو قوله: إنْ وقع بيع على نحو كذا على مالي فقد أجزته وحيث أنّ الإجازة أحد ركني العقد لحصول المعاهدة الحقيقية بين المالكين فقط، فالإجازة تكون بحكم العقد و التعليق في العقود مبطلٌ فكذلك في الإجازة.

والمحقّق النائيني[1] أضاف إليه بأنّ الإجازة من الايقاعات والايقاع لا يقبل التعليق.

يرد عليه: ليست الإجازة أحد ركني العقد بل بها تُنسب العقدُ الذي ثمّ قبلها بالمجيز، فالإجازة لا تعدّ عقداً ولا جزءً له ومتمِّماً له، بل بها يَتِمَّ انتساب العقد بالمجيز فقط، والمعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالين لا المالكين وهي متحققة قبل الإجازة وبها تُنسبُ إلى المالك، فالإجازة لا تشبه القبول بأنّه لابدّ فيه من تعيين الإيجاب عند القابل، بل هي تشبه بالإذن السابق فكما يتعلّق الإذن السابق بأمر غير معلوم بالتفصيل بل ربّما غير معلوم بالإجمال فكذلك الإجازة المتأخرة اللاحقة، فظهر بما ذكرنا عدم تمامية الوجه [٢] في كلام الشيخ الأعظم.

وأمّا حمل كلامه في تعيين مرادهﷺ إلى قضية التعليق في العقود وأنّ الإجازة بمنزلة العقد والتعليق فيها باطل كما أنّ التعليق في العقود، أيضاً فغير تام لأنّ دليل بطلان التعليق في العقود ليس إلّا الإجماع ومعقده نفس العقد ولا يشمل الإجازة، فإلحاق الإجازة بالعقود باطل، هذا أوّلاً.

وثانياً: بطلان العقد بالتعليق يختص بأمرٍ خارج عن العقد وأمّا إذا كان بأمر يقتضيه نفس العقد وإن لم يصرِّح به في متنه فلا وجه لبطلانه نحو قول البائع: إن كان هذا المال مالي فقد بعتك بكذا، والوجه في عدم البطلان لأنّ مثل هذا التعليق موجود في جميع العقود.[2]

---

(١) المكاسب والبيع ٢/٢١٦، منية الطالب ٢/١٣٩.

(٢) راجع منية الطالب ٢/١٣٩، و هدى الطالب ٥/٣٩٤.

وثالثاً: على فرض قبول أنّ الإجازة تشبه العقود من الشيخ الأعظم، لا يجرى فيها ما يجرى في العقود من بطلان التعليق في العقود لأنّ «مجرد الشباهة لا يوجب الإلحاق في الحكم»[١] كما هو الواضح.

وبالجملة: الوجه [٢] في كلام الشيخ الأعظم مع ما ذكر من تعيين مراده غير تامين.

مقالة النائيني ونقده:

ولكن بقي في المقام ما أفاده المحقّق النائيني: من أنّ الإجازة من الإيقاعات والإيقاع لا يقبل التعليق يرد عليه ما ذكرته آنفاً تحت عنوان ثانياً واعترف هو بنفسه الشريفة على هذا الردّ حيث قال في دورته الأخيرة في المكاسب ما نصه: «إنّ طلاق الزوجة وعتق العبد ونحوهما من الإيقاعات وبيع المالك ماله ونحوه من العقود معلَّق على زوجية الزوجة وَرِقِّيَّةِ العبد وكون المال مالاً للمالك، نحو تعليق كلّ حكم على موضوعه، فهذا المقدار من التعليق ممّا لا محيص عنه في العقود والايقاعات... وإن شئت فقل لا تعليق فيهما، وإن شئت فقل إنّ هذا التعليق لا يكون مضرّاً ومرجع العبارتين إلى شيء واحد، وما نحن فيه من هذا القبيل لكونه تعليقاً للإجازة على وجود العقد الذي تَتَعَلَّقُ به الإجازة نظير تعليق البيع على ملك المبيع والطلاق على زوجية الزوجة»[٢].

ثمّ العجب منه‏ﷺ حيث علّل قوله من معلومية المجاز بالتفصيل وعدم تعلّق الإجازة لأمر مبهم بالغرر وقال: «وذلك للغرر فإنّه لايختص بالبيع وإن ورد النهي عنه في البيع بالخصوص[٣] أيضاً، ولكن النهي عنه ليس مختصاً بالبيع بل ورد النهي عنه بقول مطلق[٤]»[٥].

---

(١) راجع منية الطالب ١٣٩/٢.

(٢) المكاسب والبيع ٢١٦/٢.

(٣) وسائل الشيعة ٤٤٨/١٧، ح٣، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة.

(٤) راجع وسائل الشيعة ٣٩٥/١٧، الباب ٩ من أبواب آداب التجارة، و ٣١/١٨، الباب ١٧ من أبواب الخيار.

وجه التعجب: نعم، ورد النهى عن الغرر في غير البيع وجريانه في غيره ولكن يكون دليله أخص من المدعىٰ لأنّ مدعاه بطلان تعلّق الإجازة بما يكون معلوماً بالإجمال ودليله لزوم الغرر ومن الواضح ربّما يُوجد معلوم بالإجمال الذي لا يكون فيه غرراً أصلاً ووجود معلوم بالتفصيل يوجد فيه الغرر.

وعلى فرض ثبوت الغرر، لا يوجب الغرر الفاحش إلّا الخيار في جانب المغرور الجاهل لا بطلان المعاملة كما يأتي في الخيارات.

ثمّ قال في ردّ مشابهة الإجازة اللاحقة بالإذن السابق ما نصه: «وزان الإجازة الواردة على الأمر المبهم مثل إجازة ما صدر من الفضولي الذي لا يعلم بكونه بيعاً أو غيره، وزان التوكيل في أحد الأمرين المردد بين البيع وغيره، لا نظير التوكيل المطلق في جميع أُموره، ولا إشكال في بطلان الوكالة أيضاً إذا كانت متعلّقة بالمبهم وإنّما هو الصحيح منها هو الوكالة المطلقة ولا يتصور نظيرها في الإجازة لتعلّقها إلى المعاملة الشخصية الخارجية...»[1].

يرد عليه: عدم تمامية قياس الإجازة في ما يكون معلوماً بالإجمال بالتوكيل في أحد الأمرين المرددين بين البيع وغيره، والوجه في بطلان التوكيل بهذه الكيفية هو «عدم وقوع المتعلّق حين صدور التوكيل وبالتالي يكون الإبهام واقعيّاً والتردد حقيقيّاً ومن المعلوم أنّ التوكيل في المردّد الواقعي باطل.

وهذا بخلاف الإجازة حيث أنّ متعلّقها متحقّق خارجاً ويستحيل فيه الترديد وبالتالي فإنّه لا ترديد في الأمر الواقع والمتحقّق خارجاً، وإنّما الترديد في الصورة العلمية للمجيز وبينهما فرقٌ.

[وبالجملة]: فالإبهام الذي يلفّ التوكيل إبهام واقعيٌّ ناشٍ عن التردد في الواقع بخلاف الإبهام في الإجازة حيث أنّه إبهام من جهة المجيز دون الواقع المعلوم تحقّقه،

---

(٥) المكاسب والبيع ٢/٢١٧.

(١) راجع المكاسب والبيع ٢/٢١٧.

ولذلك لايمكن أن يقاس الإجازة بالتوكيل، ويعدّ قياسها مع الفارق»[١].

مقالة المحقّق الأصفهاني ونقده:

قال‏ﷺ: «ربّما يستند في اشتراط العلم التفصيلي إلى النهي عن الغرر، إمّا لكون الإجازة غرريّة والغرر منهي عنه مطلقاً، وإمّا لكون العقد المجاز غررياً من المجيز، وهو منهي عنه، ولو لم يكن الغرر في الإجازة منهياً عنه.

وتحقيق القول في ذلك يبتني على مقدمة: هي أنّ التوكيل تارة يتعلق بالمبهم المردد، وأُخرى بالمجهول، وثالثة بتعميم الوكالة بحيث تسع كلّ ما يؤدي إليه نظر الوكيل واختياره.

والأوّل: في نفسه غير معقول؛ إذ المردد بما هو لا ثبوت له ذاتاً وحقيقةً؛ ماهيةً وهويةً، فالإذن فيه إذن في أمر غير معقول، فهو غير معقول من العاقل غير الغافل، وعلى فرض المعقولية فهو فيما نحن فيه مفروض العدم، لأنّ العقد الصادر من الفضول معيّنٌ لا مردّدٌ واقعاً، فإجازته إجازة المجهول لا إجازة المردّد.

والثاني: وهو التوكيل في المجهول، كأنْ يوكله في البيع بما لايعلم الموكِّل والوكيل أنّه فضة أو ذهب مثلاً، فمثله غير نافذ من الموكِّل بالمباشرة فكذا بالتسبيب، ومثله إجازة بيع المجهول بهذا الوجه.

والثالث: ما إذا فوّض الامر إلى الوكيل وجعله مستقلاً في العمل بأيّ وجه يختاره، فكما أنّه للموكِّل التصريح ببيع ماله بأدون من ثمن المثل، أو بهبة ماله، وليس التوكيل غررياً ولا المعاملة غررية، لا من حيث مباشرة الوكيل ولا من حيث تسبيب الموكِّل، فكذلك له هذا المعنى بالتعميم، فالمعاملة الصادرة من الوكيل إذا كانت في نفسها واجدة للشرائط تكون منتسبة إلى الموكل، فهذه المعاملة الصحيحة تسببية من الموكِّل وإنْ جهل الموكِّل بما فعله الوكيل، ومثل هذا التعميم هنا ـ مع كون المجاز عقداً خاصاً ـ وإنْ كان معقولاً نظراً إلى أنّه يرضى بأي وجه أوقعه الفضول، بيعاً كان أو هبةً بثمن المثل أو بأنقص.

---

(١) العقد النضيد ٣/٤٩٠.

إلّا أنّ الفرق بين التوكيل والإجازة، أنّ الاقدام على المعاملة عمل الوكيل المستقل في أمرها، فيعتبر أنْ يكون عقلائياً غير سفهائي من حيث كونها غررية خطرية، ولا إقدام على المعاملة من الموكل كي يعتبر علمه لئلا يلزم الغرر، فلا غرر في التوكيل، لا من حيث إنّ التوكيل عمل يعتبر أنْ لا يكون غررياً، ولا من حيث إنّ المعاملة المنتسبة إليه غررية.

بخلاف الإجازة؛ فإنّ الفضول أجنبي عن المال وعن التصرف في المال، فلا معنى لغرره وخطره، بل الاقدام على المعاملة من المجيز، فهو بإجازته مقدِّمٌ على المعاملة، فهذا العقد الإجازي كعقده المباشري، فلابد من أنْ يكون هذا الاقدام منه عقلائياً غير سفهائي.

وممّا ذكرنا تبيّن أنّ الإجازة كالإذن والتوكيل، وأنّه لا يختص أحدهما بخصوصية من حيث غرريّة التوكيل والإجازة وعدمها، بل الفرق من حيث إنّ المعاملة مع الجهل غرريّة من المجيز دون الموكل للوجه المتقدم»[١].

«ويرد عليه **أوّلاً**: إنّ قولهﷺ: «إنّ الفضول أجنبي عن المال و التصرّف في المال، فلا معنى للغرره وخطره» ممنوعٌ؛ لأنّ الغرر من المعاني والعناوين التعلّقيّة حيث لا يطلق إلّا مرتبطة بطرفي المعاملة، ومعناه حدوث خصوصيّة في المعاملة تستوجب جهل طرفي العقد بالمعاملة وخصوصيّاتها، ومن المعلوم أنّ الفضولي بإقدامه ـ الذي سوف يُجيزهُ المالك لا حقاً ـ يعدّ أحد أطراف العقد، فإذا كانت المعاملة مجهولة عنده، فإنّه ليس في استطاعة المجيز إجازتها، وبالتالي فإنّ الفضولي لا يعدّ أجنبيّاً عن العقد والغرر والأخطار المترتّبة عليه كما زعمه الأصفهاني.

وثانياً: إنّ قولهﷺ أخيراً: «إنّ المعاملة مع الجهل غرريّة من المجيز» ممنوعُ أيضاً، لأنّ الإقدام حقيقة يستحيل أن يتعلّق بالموجود، بل لابدّ من تعلّقه بالمعدوم دائماً؛ أي يجب أن يُقْدِم القاصد على إيجاد معاملة لم تكن موجودة سابقاً، أمّا الموجودة فلا يعقل أن يقصده المتعامل، وعليه فالسؤال المطروح فيما نحن فيه هو أنّه هل وقعت معاملة أم لا؟ فإن أجاب بالنفي، فإنّه يرد عليه بأنّه ما هو متعلّق الإجازة حينئذٍ؟! وإن أجاب

---

(١) حاشية المكاسب ٢/(٢٦٣-٢٦١).

بالإيجاب، فإنّه يرد عليه بأنّ الإقدام على الواقع الموجود محالٌ.

والحلّ: هو القول بأنّ مورد الإقدام هي الإجازة دون المعاملة، وبالتالي يَجِبُ أن نلاحظ أنّ ما أقدم عليه المجيز هل يعدّ غرريّاً أم[1] لا؟ فإن التزمﷺ بغرريّة الإجازة، عليه أن يلتزم بغرريّة الإذن أيضاً بالضرورة، لعدم إمكان التخصيص في الأحكام العقليّة، فضلاً عن اتّحاد الإذن والإجازة حقيقةً وجوهراً وانحصار اختلافهما بالسبق واللحوق»[2].

والحاصل: في المقام [أ] يكفي علم الإجمالي للمجيز بالنسبة إلى المجاز لصحة صدور الإجازة منه، ولا يعتبر علمه التفصيلي به خلافاً لأحد وجهي الشيخ الأعظم ولما اختاره المحقّقان النائيني والأصفهانيّ.

وأمّا المقام ب:

هل يصح تعلّق الإجازة بالمبهم أم لا؟ وهل يعتبر علم المجيز بوقوع العقد وعدم كفاية إحتمال وجوده في صحة الإجازة أم لا؟

فقد قال العلّامة الجدّ التقي: «وهل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إمضاءه لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أخبره لوقوع البيع فأجازه من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثمّ علم بالوقوع؟ وجهان. ويقوى الاكتفاء به في المقام»[3].

ولكن يرى الشيخ الأعظم قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد «لأنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود حتّى يشملها معاقد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلّا أنّها في معناها ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلّا في حقّ العاقد، فتأمل»[4].

مراده ﷺ: إنّ الإجازة تكون من الإيقاعات ولا يصح فيها التعليق لأنّه لو أجاز

---

(١) كذا و «أوْ» أحسن.

(٢) العقد النضيد ٣/٤٩٢.

(٣) راجع تبصرة الفقهاء ٣/٣٦١.

(٤) المكاسب ٣/٤٦٨ و ٤٦٩.

العقد المحتمل وقوعه تكون إجازته معلّقه على وقوع العقد وهو باطل.

ويرد عليه كما مرّ **أوّلاً**: بعدم تحقّق الإجماع في عدم تحمّل الإيقاع للتعليق لأنّ هذه المسألة لم ترد في كلمات القدماء من الفقهاء.

وثانياً: ما مرّ من المحقّق النائيني[١] من هذا المقدار من التعليق ممّا لا محيص عنه في العقود والإيقاعات.

وثالثاً: على فرض تحقّق الإجماع يمكن أن يكون مدركيّاً لاحتمال اعتماد القائل بعدم قابلية الإيقاع لتحمّل التعليق على أنّ الإجازة انشاءٌ وهو لا يتحمّل التعليق.[٢]

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظمﷺ من أنّ الإجازة في معنى العقد أي في حكمه وبالتالي فلا يجوز التعليق فيها لاندراجها في الأدلة الدالة على عدم جواز التعليق في العقود، والدليل على أنّها في حكم العقد ومعناه أنّه يُعدّ المجيز من طريق الإجازة عاقداً ويجب عليه الوفاء بالعقد مع عدم صدور أركان العقد من الإيجاب والقبول منه.

فيرد عليه **أوّلاً**: إن أراد بأنّ الإجازة في معنى العقد وحكمه أنّ المجيز يعدّ عاقداً بعدها، يكون باطلاً ولعلّه‌ﷺ أمر بالتأمل في آخر كلامه.

وثانياً: إن أراد منه أنّ وجوب الوفاء بالعقد يشمل المجيز بعد صدور الإجازة منه، يكون حقّاً لامرية فيه ولكن دعوى ترتب بقيّة شروط العقد على هذا المجيز دون إثباتها خطر القتاد.[٣]

فظهر ممّا ذكرنا صحة تعلّق الإجازة بالمبهم ولا يعتبر فيها علم المجيز بوقوع العقد ويكفي احتمال وقوعه في صحة الإجازة كما قوّاهُ العلّامة الجدّ التقيﷺ والحمد لله العالم بأحكامه.

---

(١) المكاسب والبيع ٢١٦/٢.

(٢) العقد النضيد ٤٨٥/٣.

(٣) راجع العقد النضيد ٤٨٦/٣.

الثالث: حكم العقود المترتبة على مال الغير

لو تَرَتَّبَت العقود المتعددة على مال الغير أو على عوضه فهل للمالك أن يجيز أيّ منها شاء أم لا؟

نعم، يجوز للمالك أن يُجِيْزَ أيّاً منها شاء مع رعاية مصلحته كما نص عليه جماعة من الفقهاء.

قال العلّامة في القواعد: «وللمالك تَتَبُّع العقود ورعاية مصلحته ومع علم المشتري إشكال»(١).

وقال في التذكرة: «لو غصب مالاً وتصرَّف في ثمنه مرّة أُخرى كان ذلك موقوفاً على اختيار المالك في إجازة الجميع أو أيّها شاء، وفسخ الجميع أو أيّها شاء وله تـتّبع العقود الكثيرة فيراعي مصلحته، وهذا أضعف قولي الشافعي والأصح عنده البطلان»(٢).

وقال في نهايته: «ولو غصب أموالاً وباعها وتصرَّف في أثمانها مرّة بعد أُخـرى، فللمالك إجازتها وأخذ الحاصل منها ويتبع العقود الكثيرة بالنقض والإبـطال ورعـاية مصحلته. ولو كان المشتري عالماً بالغصب فإشكال، ينشأ من رجوعه بالثمن وعدمه»(٣).

قال فخر المحقّقين في ذيل قول والده العلّامة في القواعد: «هذه المسئلة مَبْنِيَّةٌ على المسئلة السابقة ومتفرعة عليها (فعلى بطلان) بيع الفضولي من أصله فبيع الغاصب أوْلى

---

(١) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢١٩/١٠.

(٣) نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

بالبطلان، وعلى القول بوقوف بيع الفضولي على إجازة المالك فالأكثر على أنّه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري إذ الشرط عنده في اعتبار الصيغة شرعاً بالنظر إلى الفاعل كونه مكلفاً مختاراً رشيداً قاصداً لها ولمعناها وزاد بعضهم عدم مسبوقيتها بنهي المالك لا غير ومعنى اعتبارها صلاحيتها للتأثير بالفعل عند اجتماع الشرائط وإجازة المالك سبب لسببية الصيغة للتأثير بالفعل ويزيد هنا تتبع المالك العقود الكثيرة بالنقض والابطال ورعاية مصلحته ويبنى على ذلك إذا ربح الغاصب في المال المغصوب هل يكون الربح له أو للمالك؟ فنقول: إنْ كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود والإبطال ورعاية مصلحته والربح له في سلسلتي الثمن والمثمن وأمّا إن كان المشتري عالماً بالغصب، فعلى قول الأصحاب إنّ المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجاناً لأنّه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بعد أخذ المالك العين المغصوبة بنص الأصحاب فقبله أُولىٰ أنْ لايكون له والمالك قبل الإجازة لايملك الثمن لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب لكان ملكاً بلا مالك وهو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب الثمن على سبب ملك المالك له فإذا نقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن له وربحه له وليس للمالك أخذه لأنّه ملك الغاصب، وعلى القول بأنّ إجازة المالك كاشفة فإذا إجازه كان له ويحتمل أنْ يقال لمالك العين حقّ تعلَّق بالثمن فإنَّ له إجازة البيع وأخذ الثمن وحقّه مُقَدَّم على حقّ الغاصب بدفع المشتري ولأنّ الغاصب يؤخذ بأخس بأخسر ـ خ ل) أحواله وأشقها عليه والمالك بأجود أحواله. فالتحقيق: أن نقول في سلسلة المثمن مع علم المشتري الأوّل للمالك أخذ عينه فينفسخ جميع العقود المترتبة عليها وله إجازة أيّ العقود أراد فإنْ أجاز عقداً صح مابعده وبطل ماقبله وكان له ثمنه إن كان المشتري جاهلاً أو عالماً على أحد الاحتمالين فيبطل جميع العقود بعده في سلسلة الثمن والفرق بينه وبين المثمن أنّه إذا أجاز عقداً فقد خرج المثمن عن ملكه إلى ملك المشتري فصحت تصرفاته فيه ودخل الثمن في ملك المجيز فبطل تصرف غيره فيه، والأصحُّ

عندى أنه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به»[١].

قال الشهيد في الدروس: «ولو ترتّبت العقود على العين والثمن فللمالك إجازة ما شاء ومهما أجاز عقداً على المبيع صحّ وما بعده خاصة وفي الثمن ينعكس ولا يقدح في ذلك علم المشتري بالغصب.

ولو فسخ المالك أخذ العين وزوائدها ومنافعها فإن هلكت رجع على مَـنْ شـاءَ والقرار على المشتري مع العلم وعلى الغاصب مع الجهل أو دعواه الوكالة.

ويرجع بالثمن مع وجوده على كلّ حال، وكذا مع تلفه جاهلاً إذا رجع عليه المالك بالقيمة...»[٢].

وفي حاشيته على القواعد ما نصه: «ملحق وُجد بخطّه على نسخة بعض تلامذته، وعنده بخطّ القارئ: وجهه أنّ التتبّع إنّما يتحقّق مع جهل المشتري بالغصبيّة؛ ليقع العقد شبيهاً بالصحّة، فيقع الثمن في ملك البائع، فينتقل منه إلى المالك. أمّا مع علمه لا يقع العقد صحيحاً بوجه، فلا يستحقّ البائع الثمن حتّى يستحقّه المالك.

قلت: ووجهه أنّه مع علم المشتري يكون مسلِّطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ ولهذا لو تلف لم يكن له عليه الرجوع ولو بقي ففيه الوجهان فلا يدخل في ملك ربّ العـين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه، وأتلفه عند الدفع إلى البائع، فيتحقّق ملكه للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً فلا يمكن تـتبّع الشـراء وإن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضاً؛ لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمناً فلا تؤثّر الإجازة في جعله ثمناً فصار الإشكال في صحة البيع مع الإجازة، وفي التتبع.

وصرّح قُطْبُ الدِّيْنِ البويهى: أنّ الإشكال مع العلم في التتبّع لأنّـه يكـون إبـاحةً للثمن»[٣].

---

(١) إيضاح الفوائد ٤١٨/١ و ٤١٧.

(٢) الدروس ١٩٣/٣.

(٣) الحاشية النجارية /٢٢١.

أقول: إلى هنا ظهر أنّ فخرالمحقّقين أسّس قاعدة في المقام ورضي بها الشهيد وهي: في ألعقود المترتبة المتعددة على المبيع (المثمن) لو أجاز المالك المتوسطة منها، صحت ما بعدها وبطلت ما قبلها.

وأمّا العقود المترتبة المتعددة على الثمن لو أجاز المالك المتوسطة منها فَهِيَ عكس الأمر، صحت ما قبلها وبطلت ما بعدها.

وقال المحقّق الثاني ردّاً على فخرالمحقّقين والشهيد وشرحاً لكلام العلّامة في القواعد: «بمعنىٰ: أنّ له إجازة أي عقد اختار إجازته فإن أجاز عقداً من العقود المرتبة على المغصوب ـ كما لو بيع بسيف ثمّ بدار ثمّ بفرس ثمّ بثوب باعتبار اختلاف الأيدي ـ صح ذلك العقد وبطل ماقبله من العقود لأنّ صحته بإجازته تقتضي كون المبيع باقياً على ملكه، وبقاؤه على ملكه ينافي صحة شيءٍ من العقود السابقة على ذلك العقد، إذ لو صح شيء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثر إجازته فيه.

لكن سيأتي ـ في أنّ من باع مال غيره فضولاً ثمّ اشتراه ـ ما يقتضي التردد في بطلان ما قبله، لأنا إذا حملنا عبارته فيما يأتي على التردد، كان على احتمال الصحة، يحتمل الصحة بالإجازة هنا.

وأما ما بعده من العقود فيبنىٰ على أن إجازة الفضولي كاشفة أو ناقلة، فإن قلنا بالأوّل صح ما بعده، لتبين وقوع تصرّفه في ملكه، وإن قلنا بالثاني تجيء فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: البطلان، لتعذر الإجازة، لانحصارها في المغصوب منه، وقد خرج عن ملكه.

الثاني: الصحة من غير توقف على إجازة التصرف ببيعه.

الثالث: توقفه على إجازته، وسيأتي مثل هذا فيما بعد.

ولو ترتبت العقود على ثمن المغصوب، كما لو بيع السيف بقوس، ثمّ القوس بدابّة، ثمّ الدابّة ببعير، ثمّ البعير بدراهم، فإنّ الحكم ينعكس لو أجاز واحداً منها، فإنّ ماقبله يصح، ويقف ما بعده على الإجازة كالفضولي، إلّا إذا قلنا الإجازة كاشفة، كما لو أجاز بيع الدابة بالبعير، فإنّ إجازته إنّما يعتدّ بها شرعاً أن لو كان مالكاً للدابة، وإنّما يملكه على هذا

التقدير إذا ملك السيف، وإنّما يملكه أن لو صحّ بيع السيف به، فيجب الحكم بصحة ذلك، حملاً لكلام المسلم على الوجه الذي يكون معتدّاً به شرعاً.

واعلم: أنّ هذا إنّما يستقيم إذا جرت العقود على العوض الذي هو الثمن، ثمّ على ثمنه وهكذا، فلو جرت على الثمن خاصة، كما لو بيع السيف مراراً فأجاز واحداً منها، فانّ ذلك العقد يصح ويبطل ما قبله، إلّا العقد الذي قوبل فيه المغصوب بالسيف، وفيما بعد ذلك العقد الأوجه الثلاثة السابقة.

وبهذا يظهر أنّ إطلاق كلام الشارح[1] وشيخنا الشهيد في الدروس[2] ـ بأنّ في سلسلة المثمن يصح العقد المجاز، وما بعده دون ما قبله، وفي الثمن بالعكس ـ غير مستقيم، ويحتاج إلى التنقيح في مواضع:

الأوّل: بيان حال ما بعده في سلسلة الثمن، بما ذكرناه.

الثاني: وقوف مابعد المجاز في سلسلة الثمن على الإجازة، دون البطلان.

الثالث: أنّ ذلك في سلسلة مخصوصة في الثمن كما بيّناه، لا مطلقاً»[3].

وقال ثاني الشهيدين في الروضة: «... وإن ترتّبت العقود على الثمن أو المثمن أو هما وأجاز الجميع صح أيضاً، وإن أجاز أحدهما فإن كان المثمنَ صح في المجاز وما بعده من العقود، أو الثمن صح و ما قبله.

والفرق أنّ إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخرة عنه وتبطل السابقة لعدم الإجازة.

وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات المتأخرة عنه بحيث لم يجزها وتصح السابقة، لأنّ ملك الثمن المتوسط يتوقّف على صحة العقود السابقة، وإلّا لم يكن تملك ذلك الثمن، هذا إذا بيعت الأثمان في جميع العقود.

وأمّا لو تعلقت العقود بالثمن الأوّل مراراً كان كالمثمن في صحة ما أُجيز ومابعده،

---

(١) إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

(٢) الدروس ١٩٣/٣.

(٣) جامع المقاصد ٤/(٧١-٦٩).

وهذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع في هذه المسألة كما فصلناه أوّلاً.

مثاله: لو باع مال المالك بثوب ثمّ باع الثوب بمائة ثمّ باعه المشتري بمائتين ثمّ باعه مشتريه بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الأخير فإنّه لا يقتضي إجازة ما سبق بل لا يصح سواه، ولو أجاز الوسط صح مابعده كالمثمن.

نعم، لو كان قد باع الثوب بكتاب ثمّ باع الكتاب بسيف ثمّ باع السيف بفرس فإجازة بيع السيف بالفرس تقتضي إجازة ما سبقه من العقود، لأنّه إنّما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشترىٰ به وهو الكتاب، ولا يملك الكتاب إلّا إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الثوب فهنا يصح ما ذكروه»[1].

وقال في المسالك: «ثمّ إن اتّحد العقد فالحكم واضح، وإن ترتّبت العقود على الثمن أو المثمن أو هما وأجاز الجميع صحّ أيضاً. وإن أجاز أحدهما، فإن كان هو المثمن صح في المُجاز وما بعده من العقود. وإن كان هو الثمن صحّ وما قبله. كذا أطلقه جماعة من الأصحاب.

والفرق بين المقامين أنّ إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري، فتصحّ العقود المتأخّرة عنه المترتّبة على فعل المشتري، وتبطل السابقة لعدم الإجازة. وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز، فتبطل التصرفات المتأخرة عنه فيه، حيث لم يجزها، وتصح السابقة، لأنّ ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة، وإلّا لم يمكن تملّك ذلك الثمن. مثاله: ما لو كان الفضولي قد باع مال المالك بكتاب مثلاً، ثمّ باع الكتاب بسيف، ثمّ باع السيف بثوب، ثمّ باع الثوب بفرس، فأجاز المالك بيع الثوب بالفرس، فإنّ ملكه حينئذٍ للفرس يتوقف على تملّك الثوب، وإنّما يملك الثوب إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو السيف وإنّما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الكتاب. فظهر أنّ إجازته للعقد المتأخر يستلزم إجازة العقود السابقة، وإلّا لم يتمّ. فيحكم بصحة ذلك كلّه، حملاً لفعل المسلم على الوجه المعتدّ به

---

(١) الروضة البهية ٣/(٢٣٤-٢٣٠).

شرعاً.

وهذا الحكم صحيح في هذا المثال ونظائره، إلاّ أنّ مسألة ترتب العقود على الثمن أعمّ منه. فإنّ من صوره ما لو بيع الثمن ـ وهو الكتاب في هذا المثال ـ مراراً، كما لو باعه ذلك الفضولي بمائة، ثمّ باعه المشتري بمائتين، ثمّ باعه المشتري الثاني بثلاثمائة، فأجاز المالك العقد الأخير، فإنّه لا يقتضي إجازة ما سبق، بل لا يصحّ سواه، مع أنّه يصدق عليه أنّ العقود ترتبت على الثمن، ولم يتمّ الحكم بصحة ما قبل المجاز.

وأمّا مسألة سلسلة العقود على المثمن، فصحة العقود اللاحقة للمُجاز مبنيّة على أنّ الإجازة كاشفة، ليظهر ملك كل بائع متأخر حين بيعه وان كان في ثاني الحال، أمّا لو جعلناها ناقلة للملك من حين الإجازة، فالبائع لم يكن مالكاً حين بيعه، وانّما ملك بعده بالإجازة، والإجازة كانت لمالك العين ولم يحصل، وعند إجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الإجازة، فتبنى صحة البيع المتأخر حينئذٍ على من باع فضولياً ثمّ انتقل إليه الملك، فإنّ في لزوم البيع حينئذٍ، أو توقفه على إجازته ثانياً وجهان. وقد ظهر بذلك أنّ اطلاقهم الحكم في السلستين يحتاج إلى تنقيح»[1].

أقول: اعترض المحقّق الثاني وتبعه الشهيد الثاني على العَلَمَيْنِ ـ فخر المحقّقين والشهيد ـ في اطلاق قاعدتهما:

في العقود المترتبة المتعددة على المبيع (المثمن) لو أجاز المالك المتوسطة منها بطلت ما قبلها ـ وهذا على اطلاقه صحيح ـ وأمّا بالنسبة إلى صحة ما بَعْدَها فإنَّهُ لا يكون على اطلاقه صحيحاً، بل هي تصح على القول بالكشف فقط وأمّا على القول بالنقل فتأتي ثلاثة احتمالات:

١ـ البطلان، لأنّ البائعين باعوا ما ليس في ملك قبل إجازة المالك والبيع لابدّ أن يكون في ملك.

٢ـ الصحة مع توقفه على إجازة المالك، لأنّهم باعوا ملك الغير فيحتاج إلى إجازة

---

(١) مسالك الأفهام ١٥٨/٣ و ١٥٩.

مالكه كما في الفضولي. أو على القول بالتوقف على الإجازة المستأنفة في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه.

٣ـ الصحة مطلقاً ـ من دون التوقف على الإجازة ـ على القول بالصحة مطلقاً في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه.

وفي العقود المترتبة المتعددة على الثمن لو أجاز المالك المتوسطة منها صحت ما قبلها وبطلت مابعدها، تام إذا تبدّل الثمن في كل معاملة إلى شيءٍ آخر مثل تبدّل الثوب بكتاب، والكتاب بسيف والسيف بفرس وهكذا.

وأمّا لو تعلّقت العقود المتعددة بالثمن الأوّل مراراً نحو تبدّل ثوب المالك بكتاب والكتاب بالمأة ثمّ بمأتين ثمّ بثلاثمأة ثمّ.. في هذا المورد يكون فرض الثمن كالمثمن والمبيع يعنى لو أجاز المالك المتوسطة منها بطلت ما قبلها وصحت ما بعدها على القول بالكشف مطلقاً وعلى القول بالنقل تأتى الاحتمالات الثلاثة الماضية، هذا نقد ثاني المحققَيْن على العَلَمين وتبعه ثاني الشهيدين كما مرّ.

قال جدي الشيخ جعفر: «(وللمالك تتّبع العقود ورعاية مصلحته) فيُجيز ما شاء منها. فإن كانت متعاقبة على عين واحدة ثمناً أو مثمناً أو مختلفاً فإجازة العالي تقضي بصحة السافل، لا للإجازة بل لوقوع العقد في محلّها بعد خروج العين عن أهلها. هذا على القول بالكشف.

وعلى النقل تُحتمل وجوه ثلاثة: أحدها: البطلان في الأسافل، لعدم مصادفتها الملك. وثانيها: القول بالصحّة، نظراً إلى أنّ حدوث الملك بحكم الإجازة. وثالثها: التوقّف على الإجازة. ولعلّ الأوسط أوسط. وأمّا إجازة السافل فلا تقضي بصحّة العالي، إذ لا ربط بينهما. و[1] المتوسط من العقود: حاشيتاه غير خارجتين عن القسمين.

وغير المتعاقبة على المحلّ الواحد؛ إجازة العالي منها لا تقضي بإجازة السافل، لأنّ العوض صار ملكاً للمجيز، فلا ينتقل عنه إلّا بإجازة أُخرى. وإجازة السافل تقضي

---

(١) في بعض النسخ: (بل) بدل الواو.

بإجازة العالي تبعاً، على نحو حكم المقدّمة، فمع الاكتفاء بمطلق الرضا أو القول بأنّ حكم المقدمّة مستفاد من اللّفظ؛ فلا إشكال.

ومَن أراد استيفاء الأقسام ليتدرّب في معرفة الأحكام فليعلم أنّ العقد، والعاقد، والمتعلّق، والجهة كالعوضيّة[١] ومقابلها: إمّا واحد، أو متعدّد، أو مختلف. ثمّ العقود المتعدّدة: إمّا مجتمعة أو مترتّبة، معلومة التاريخ في الجميع أو في البعض أو لا، متوافقة في الاقتضاء ـ شطوراً، وشروطاً، وقيوداً ـ أو مختلفة. ثمّ العاقد: إمّا متحدة أو متعدّدة أو مختلفة، من متحد أو متعدّد أو مختلف، مترتّبة أو دفعية أو مختلفة، معلومة التاريخ في الكلّ أو البعض أو لا، متعلّقة بالجميع أو البعض المتعدّد أو المتحد، شخصياً أو كلّياً أو مردّداً، مع الكشف أو النقل، إلى غير ذلك من الأقسام. ومَن أعطىٰ النظر حقّه لم يخف عليه شيء من الأحكام.

كلّ ذلك مع عدم المانع. أمّا لو حصل مانع في بعضها، كبيع مسلم أو قرآن على كافر؛ لم تؤثّر الإجازة فيه، ولا في توابعه»[٢].

وقال صاحب الجواهر ﷺ: «وربّما تظهر الثمرة أيضاً: فيما لو ترتّبت العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً، ولا ريب في أنّ للمالك تتبّع العقود ورعاية المصلحة له فيجيز ما شاء.

لكن في الدروس ومحكي الإيضاح أنّه «إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ ومابعده خاصّة وفي الثمن ينعكس». أي يصحّ هو وما قبله خاصّة.

وكأنّ وجهه: أنّ الفضولي لو باع العبد مثلاً بسيف، ثمّ باعه المشتري من الفضولي بدار، ثمّ باعه الثاني بفرس، ثمّ باعه الثالث بثوب، فأجاز المالك منها بيعه بالدار، صحّ هو وبطل السابق قطعاً؛ لعدم الإجازة.

وذلك لأنّ إجازته الثاني تقتضي كون المبيع باقياً على ملكه، وبقاؤه على ملكه

---

(١) في بعض النسخ: (كالعوض).

(٢) شرح القواعد ٢/(٨٨-٨٦).

ينافي صحّة شيء من العقود السابقة على ذلك العقد؛ إذ لو صحّ شيء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثّر إجازته فيه.

وأمّا ما بعده من العقود: فلا ريب في صحّتها بناءً على الكشف؛ لوقوع التصرّف حينئذٍ في الملك.

وأمّا على النقل، فيحتمل: البطلان؛ لتعذّر الإجازة حينئذٍ من المالك. والصحّة بلا إجازة؛ لحصول الملك للبائع الذي قد يتحقّق رضاه ببيعه فضولاً، ولم يبق إلّا الملك وقد حصل. والصحّة مع الإجازة منه؛ لكون الرضا الأوّل إنّما كان والمال لغيره. ولعلّ الأوّل أقوى.

وأمّا لو ترتّبت على الثمن: كما لو بيع السيف بقوس، ثمّ القوس بدابّة، ثمّ الدابّة ببعير، ثمّ البعير بدراهم، فإنّ الحكم ينعكس لو أجاز واحداً منها، فإنّ ما قبله يصحّ، ويقف ما بعده على الإجازة؛ لأنّه فضولي.

فلو أجاز في المثال بيع الدابّة بالبعير مثلاً استلزم إجازة ما قبله؛ لأنّ إجازته إنّما يعتدّ بها شرعاً لو كان مالكاً؛ للدابّة، وإنّما يكون مالكاً لها حينئذٍ لو ملك ما بذل في مقابله وهو القوس، وإنّما يملك على هذا التقدير إذا ملك السيف، وإنّما يملكه لو صحّ بيع السيف، فيجب الحكم بصحّته؛ حملاً لكلام المسلم على الوجه الذي يكون معتدّاً به شرعاً. وهذا كلّه واضح.

نعم، ينبغي أن يكون ذلك في الثمن[١] لو كانت السلسلة على ما ذكرناه، أمّا لو جرت العقود على الثمن خاصّة كما لو بيع السيف مراراً على حسب ما سمعته في المثمن، لا عليه ثمّ على ثمنه... وهكذا، فإنّ المتّجه حينئذٍ في الفرض المزبور جريان حكم المبيع فيه من صحّة العقد المجاز وما بعده ـ بناءً على الكشف، وعلى النقل الوجوه الثلاثة ـ دون ما قبله، إلّا العقد الأوّل الذي قوبل فيه المبيع فضولاً، فإنّ دخول الثمن في الملك متوقّف على إجازته.

(١) في بعض النسخ: المثمن.

وربّما أُورد[١] المثال المزبور على إطلاق الفخر والشهيد[٢]. لكن يدفعه: معلوميّة إرادتهما بالترتّب ـ الذي أثبتنا فيه العكس ـ ما ذكرناه أوّلاً، واكتفائهما بذكر ذلك في المبيع عن ذكره في الثمن.

والأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوحه في غير الفرض ممّا تتعدّد فيه العقود مترتّبة وغير مترتّبة، وفي حكم إجازة ما يجاز منها دفعةً لعدم التنافي كالبيع والإجارة وغيرهما، بل وغير ذلك ممّا لايخفى حكمه بعد ضبط الأصل من غير فرق بين النقل والكشف، والله أعلم»[٣].

وقال المحقّق الخوئيّ: «قد يقع العقد على عين مال الغير وأُخرى يقع على عوضه، والإجازة تارة تتعلق بالعقد الواقع على عين ماله وأُخرى تتعلق بالعقد الواقع على عوض ماله، وعلى التقديرين تارة تتعلق الإجازة بالعقد الأوّل الواقع على عين ماله وأُخرى تتعلق بالعقد الآخر الواقع على عين ماله وثالثة تتعلق بالعقد الوسط الواقع على عين ماله. وتجري الأقسام الثلاثة فيما إذا كان المجاز العقد الواقع على عوض ماله لا على عينه.

(ثمّ) العقد الوسط إذا كان هو المجاز تارة يكون عقداً واقعاً على عين ماله وأُخرى على عوضه وكلّ منهما تارة يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عين المال بأن يكون طرفاه كذلك، وأُخرى يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله، وثالثة يكون مسبوقاً بعقد واقع على عين ماله وملحوقاً بعقد واقع على عوض ماله، ورابعة ينعكس الأمر، فالأقسام ثمانية، ونتعرض أوّلاً لإجازة العقد الواقع على عين ماله، ثمّ بعد ذلك نذكر تعلق الإجازة بالعقد الواقع على عوض ماله بأقسامه، كما إنّا نتعرض صورة تعلُّق الإجازة بالعقد الوسط وما يترتب عليه من حكم العقود، السابقة واللاحقة، وبذلك تتضح صورة تعلق الإجازة بأوّل العقود أو بآخرها، ونقول:

---

(١) كما في جامع المقاصد: المتاجر / في المتعاقدين ٤/(٧١-٧٠).

(٢) تقدّم نقل كلامهما.

(٣) الجواهر ٢٣/(٤٧٢-٤٧٠)؛ [٢٢/(٢٩٢ و ٢٩٣)].

حكم المسألة ـ وإنْ كان واضحاً ـ إلّا أن تصويرها لا يخلو عن إشكال، ونمثل لها بما جعله المصنف مجمعاً للكلّ، فتفرض أنّ عبد المالك بيع بفرس ثمّ بيع بكتاب ثمّ باعه المشتري بدينار، فإلى هناك يكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين بيعين واقعين على عين العبد، وهو بيع العبد بفرس وبيعه بدينار، ثمّ باع البائع الفرس بدرهم وباع الثالث الدينار بجارية، فيكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وهو بيع الفرس بدرهم، وهو السابق على بيع العبد بكتاب وبيع الدينار بجارية وهو لاحقٌ عليه، فإذا فرضنا أنّ المالك أجاز البيع الوسط الواقع على عين ماله ـ وهو بيع العبد بالكتاب ـ فالعقود السابقة الواقعة على عين ماله كبيع العبد بالفرس ـ تبطل، لأن إجازة غيره ردّ له، كما أنّ العقود السابقة الواقعة على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم يكون أجنبياً عن المجيز، لأنّه عقد واقع على مال الغير، فلابد من إجازة مالكه.

وعلى كلّ تقدير العقود السابقة الواقعة على عين ماله أو على بدله يكون أجنبياً عن المجيز، وأما العقود اللاحقة فالعقود المتأخرة الواقعة على عين ماله تصح على الكشف بلا إشكال، لأنّه بالإجازة يستكشف كونه من المالك وواقعاً على ملكه، وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثمّ ملك، فإن قلنا بصحته مع الإجازة أو بدونه نلتزم بها في المقام وإلّا فلا. وهكذا العقود اللاحقة الواقعة على عوض ماله كبيع الدينار بجارية، فإجازة العقد الوسط الواقع على عين ماله تستلزم فساد العقود السابقة عليه الواقعة على عين ماله أو على عوضه، كما يستلزم صحة العقود اللاحقة الواقعة عليه على الكشف، سواء كانت واقعة على عين ماله أو على بدله، وعلى النقل يبتني صحتها على صحة «من باع شيئاً ثمّ ملك».

ولكن ما ذكرناه إنّما يتم فيما إذا أجاز المالك البيع الواقع على عين ماله لنفسه فإنّه يستلزم رد العقود السابقة وصحة العقود اللاحقة عليه، وأما إذا أجاز للبائع فهو تستلزم صحة العقد السابق عليه لا فساده كما هو ظاهر، وأما العقد اللاحق عليه فصحته حينئذ مبتنية على إجازة المالك للبيع بالعقد السابق كما هو ظاهر.

وليعلم أنّ المراد من السبق واللحوق في المقام ليس هو التقدم والتأخر في الزمان،

بل المراد منه التقدم والتأخر الرتبي، فالمراد من العقود اللاحقة ما تتوقف صحتها على صحته ومن العقود السابقة ما لا تتوقف صحته على صحته.

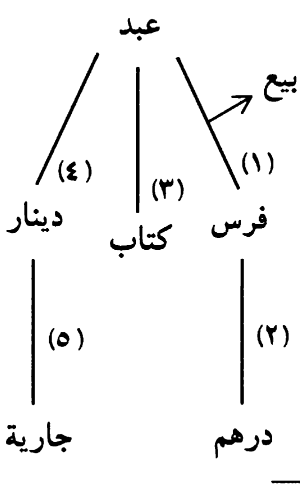
هذا كله فيما إذا كان العقد المجاز واقعاً على عين ماله، وأما إذا كان واقعاً على عوض المال فمثاله الجامع لأقسامه الأربعة: ما إذا بيع العبد بفرس، والفرس بدرهم، والدرهم برغيف، والدرهم بحمار، والرغيف بعسل. فبيع الدرهم بالرغيف وسط بين عقدين سابقين أحدهما واقع على عينه وهو بيع الفرس بدرهم والآخر على عوضه وهو بيع العبد بفرس، وعقدين لاحقين أحدهما واقع على عينه وهو بيع الدرهم بحمار والآخر على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل، فهذه البيوع الخمسة تكون جامعاً للإمثلة كما هو واضح، فإذا أجاز الوسط ـ أي بيع الدرهم بالرغيف ـ فهي مستلزمة لإجازة العقدين السابقين ـ أعني بيع العبد بالفرس والفرس بدرهم ـ ليكون بإجازتهما مالكاً للدرهم، وينفذ إجازته في بيعه بالرغيف وصحة هذه الإجازة بناءً على الكشف واضح، وأما على النقل فصحتها مبتنية على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد. وأما العقدان اللاحقان عليه فبيع الدرهم بحمار ـ أعني الواقع على عين المال ـ فهو أيضاً يصح بعد ما أجاز الدرهم بالرغيف. وهذا بناءً على الكشف ظاهر وأما بناء على النقل فالصحة مبنية على صحة بيع من باع شيئاً ثمّ ملك وأما بيع الرغيف بعسل أعني الواقع على عوض العقد المجاز فيكون صحيحاً بعد إجازة بيع الدرهم بالرغيف إن كان المجيز هو البائع، وهو على الكشف واضح وأمّا على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثمّ ملك، وان كان البائع أجنبياً فحكمه حكم البيع الواقع على المعوض ابتداءً كما ذكر المصنف فيحتاج إلى الإجازة.

وبالجملة فإجازة العقد الوسط يوجب صحة العقود السابقه الملزمة لصحته كما يوجب صحة العقود اللاحقة التي يستلزم العقد الوسط صحتها، وهذا هو الميزان لا ما ذكره الشهيد في الدروس، وحكي عن الإيضاح أيضاً من أنّ الإجازة إنْ تعلقت بالعقد الواقع على المبيع صح وما بعده وفي الثمن ينعكس، إذ لا فرق فيما ذكرناه بين ما إذا كان عين مال المالك المجيز أو عوضه مبيعاً في العقد المجاز أو ثمناً، اللهم إلّا أن يزيد بذلك ما قلناه من تعلّق الإجازة بالعقد الواقع على عين مال المالك، وعبر عنه بالمبيع، أو بالعقد

الواقع على عوضه، وهو مراده بالواقع على الثمن، وعلى هذا أيضاً اطلاق كلامه ممنوع كما ظهر أيضاً بما قلناه فساد ما ذكره المصنف في ترتيب العقود المتعددة على مال المجيز من أنّها إذا وقعت من أشخاص مُتَعَدِّدِيْنَ كانَتْ[1] إجازة الوسط منها فسخاً لما قبلها[2] وإجازة لما بعدها[3]، وإذا وقعت من شخص واحد انعكس الأمر وذلك لما عرفت من أنّ تعدد العاقد ووحدته لا ربط له بذلك أصلاً، إذ يمكن أن يوقع شخص واحد بيوع عديدة مترتبة على مال الغير وعلى عوضه وهكذا العكس، فالميزان الكلي ما ذكرناه من ان إجازة العقد الوسط يوجب صحة ملزوماته من العقود السابقة ولوازمه من العقود اللاحقة»[4].

أقول: يمكن تصوير ما ذكره المحقّق السيّد الخوئي ﷺ بالرسم على نحو مايلي:

العقود الواقعة على عين مال المالك



(١) وفي المصدر: «متعددة كان».

(٢) وفي المصدر: «قبله».

(٣) وفي المصدر: «بعده».

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/(٤٥٧-٤٥٤).

عقود ١ و ٣ و ٤ وقع على عين ماله وهو العبد.

عقدين ٢ و ٥ وقع على عوض ماله.

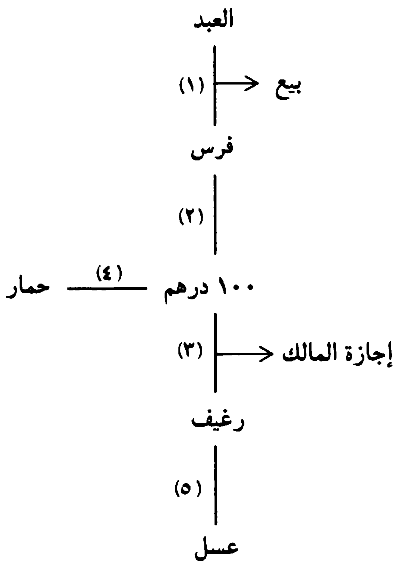
لو أجاز المالك عقد ٣: تبطل عقد ١ لأنّ إجازة ٣ ردّ لِـ ١.

وعقد ٢: يكون أجنبياً عن المجيز لأنّه عقد واقع على مال الغير فلابدّ من إجازة مالكه.

وأمّا عقد ٤: فَيَصِحُّ بناءً على الكشف وبناءً على النقل يدخل في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه. وكذا عقد ٥.

هذا كلّه إذا أجاز المالك لنفسه أمّا إذا أجاز للبائع فهو يَسْتَلْزِمُ صِحَّةَ العقد السابق عليه لا فساده كما هو الظاهر، وأمّا العقود اللاحقة عليه فَصِحَّتُها مبنيّةٌ على إجازة المالك للبيع بالعقد السابق كما هو الظاهر.

العقود الواقعة على عوض مال المالك



لو أجاز بيع ١٠٠ درهم برغيف أي عقد ٣:

صح عقد ١ و ٢: بناءً على الكشف، وبناء على النقل صحتهما مبنيٌّ على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد.

وصح عقد ٤: بناءً على الكشف، وبناءً على النقل مبنيٌّ على صحة بيع مَنْ باع شيئاً ثمّ ملكه.

وعقد ٥: صحيح إذا كان المجيز هو البائع ـ وعلى الكشف واضح، وعلى النقل مبنيٌّ على مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه، وإذا كان البائع أجنبياً فصحته يحتاج إلى إجازة مالكه.

فإجازة العقد الوسط يوجب صحة العقود السابقة الملزومة لصحته، كما يوجب صحة العقود اللاحقة التي يستلزم العقد الوسط صحتها.

الإشكال على تتبع العقود إذا كان المشتري عالماً بالغصب

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ هنا إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب...»[1].

أقول: مرّ كلام العلّامة في إظهار هذا الإشكال في القواعد: «... ومع علم المشتري إشكال»[2].

وقال في نهايته في منشأ هذا الإشكال: «... ولو كان المشتري عالماً بالغصب فإشكال، ينشأ من رجوعه بالثمن وعدمه»[3].

وقال في التذكرة: «لو باع الفضولي أو اشترىٰ مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم [من الوقوف على إجازة مالكه]. وفي الغاصب مع علم المشتري أشكل إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا.

---

(١) المكاسب ٤٧١/٣.

(٢) القواعد ١٩/٢.

(٣) نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

... وهل يرجع بما دفعه ممّا حصل له في مقابلته نفع؟ قولان. ولو كان عـالماً لم يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغاصب مطلقاً عند علمائنا.

والأقوى: أنّ له الرجوع مع بقاء الثمن، لعدم الانتقال بخلاف التالف لأنّه أباحة فيه من غير عوض»[١].

أقول: يظهر من العلّامة أنّ عدم جواز الرجوع إلى الثمن إذا كان المشتري عالماً بالغصبية إجماعيٌّ حيث عبر عنه بـ «عند علماءنا»، ولكنّه‌ترك هذا الإجماع وذهب إلى التفصيل بين بقاء الثمن فيجوز رجوعه، وتلفه فلا يجوز، وهذا القول هو الذي اختاره ولده الفخر في الإيضاح كما مرّ وسيأتي.

وقد مرّ[٢] كلام نجله في توضيح إشكال والده في الإيضاح فلا نعيده إلّا ما اختاره في الختام حيث يقول تبعاً لوالده: «... والأصح عندي أنّه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به»[٣].

وقال قطب‌الدين محمّد بن محمّد البويهي وهو من تلامذة العـلّامة الحـلّي فـي حاشيته على القواعد المسماة بـ«الحواشي القطبية» ما نصه: «أنّ الإشكال مع العلم في التتبّع لأنّه يكون إباحةً للثمن»[٤].

وقد مرّ[٥] كلام الشهيد في الحاشية النجارية[٦] في وجهه وتوضيحه، وقال الشهيد مضافاً إلى ما نقلتُهُ عنه سابقاً: «الإشكال هنا إنّما هو في التتبّع لأنّه مع جهل المشـتري يكون العقد شبيهاً بالصحيح، فإذا اشترى بالثمن وأجازه المالك ملك ما اشترى به، بخلاف العالم؛ فإنّه يكون المشتري مسلّطاً للغاصب على الثمن، فلاتنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٨/١٠ و ١٧.

(٢) راجع صفحة ١٢٠ من هذا المجلد.

(٣) إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

(٤) نقل عنه الشهيد في الحاشية النجارية /٢٢١.

(٥) راجع صحفة ١٢٢ من هذا المجلد.

(٦) الحاشية النجارية /٢٢١.

بفعل المسلّط بدفعه ثمناً عن مبيعٍ اشتراه، ومن أنّ الثمن عوضٌ عن العين المملوكة، ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه.

واعلم أنّه يلزم من بطلان القول بالتتبّع بطلان إجازة البيع في المبيع؛ لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال في صحّة العقد كان صحيحاً أيضاً»[١].

وقال المحقّق الثاني في شرح قول العلّامة: «(ومع علم المشتري إشكال). أي: له التتبع إذا كان المشتري جاهلاً، لتحقّق المعاوضة حينئذ، أما مع علمه بالغصب ففي الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضة في العقد، فلكه تملكه بالإجازة رعاية لمصلحته، ومن انتفائها بحسب الواقع، لأن المدفوع ثمناً يملكه الغاصب، لتسليطه إيّاه عليه، ولهذا يمتنع استرداده عند الأصحاب وإن بقيت عينه، والمطالبة[٢] بعوضه إذا تلف خاصّة عند المصنف، فيمتنع على مالك العين تملكه.

ويمكن أن يكون ذلك معطوفاً على محذوف دلّ عليه السياق، وتقدير العبارة: وكذا الغاصب، أي: وكذا بيع الغاصب موقوف إذا كان المشتري جاهلاً، ومع علمه إشكال، ينشأ مما ذكر، فيكون الإشكال في كونه موقوفاً على الإجازة، وإن بُعد هذا التقدير، وأيّما الأمرين قدّرت الاشكال فيه، فمجيئه في الآخر لازم له.

ويمكن أن يكون الإشكال فيهما معاً، وفيه من التكلّف ما لا يخفى، والأصح عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه، لأن المعتمد أنّ للمشتري استعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب، لعدم المقتضي.

وتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه، لا ينافي كونه عوضاً للمبيع بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلك في عوض العقد الفضولي لمن أوقعه فضولاً، لم يكن قادحاً في ثبوت الإجازة للمالك.

---

(١) الحاشية النجارية /٢٢٢.

(٢) كلمة (والمطالبة) معطوفة علىٰ جملة (يمتنع)، أي: وتمتنع المطالبة بعوضه. وفي نسخة وردت كلمة (فيمتنع) قبل (والمطالبة) وحذفها المحقّقون لعدم ورودها في الحجري ولعدم اقتضاء السياق لها.

فإن قلت: إن جعلت الإجازة كاشفة دلّت بحصولها على انتقال الثمن إلى ملك المجيز بالعقد، فكيف تؤثر فيه إباحة المشتري له للغاصب بعد العقد، إمّا بتسليطه إيّاه عليه أو بتصريحه له بالإباحة؟ وسيأتي في كلام المصنف اختيار كون الإجازة كاشفة.

قلت: لمّا أجمع الأصحاب على أنه إذا تلف العوض، ليس للمشتري مطالبة المشترى به، وجب إخراج هذا الحكم عن مقتضى الأصل بالإجماع، وإجراء ماعداه على الأصل.

فان قلت: حقّ المعاوضة مع كون المشتري عالماً بأن البائع غاصب أن لا تكون مقصودة، فلا يعتدّ بها أصلاً.

قلت: هذا لا يقدح في كونها مقصودة، وإلّا لقدح في بيع الفضولي إذا علم المشتري بالحال. والحاصل: أن كلّما يقال في الغاصب، يقال في الفضولي، والجواب هو الجواب»[١].

وقال الشيخ جعفر‏: «(ومع علم المشتري) بالغصب ودفع الثمن إلى البائع، أو علم البائع ودفع المثمن إلى المشتري؛ في الدخول تحت مسألة الفضولي (إشكال) ينشأ:

من احتمال الملك في الثمن أو المثمن بعد الدفع والإعراض، فلا يكون التصرّف فيه إلّا من تصرّف الملّاك ولا يدخل في الفضولي، ولا يكون للإجازة تأثير[٢]. ويقوىٰ في التعلّق[٣] بالعين. واحتمال عدمه، لأنّ التسليط لا يقتضي نقل الملك ما لم يكن ناقل شرعي. وفي الفرق بين البقاء والتلف، وبين القول بالكشف والنقل؛ وجه.

أو من أنّ العقد يستدعي قصداً، ولا قصد من العالم، وقصد المالك قام مقام قصد الفضولي و[٤]الغاصب في البيع، وليس للمشتري لنفسه مَنْ يقوم مقامه[٥] ـ فلا يختصّ

---

(١) جامع المقاصد ٧٢/٤ و ٧١.

(٢) كما في: إيضاح الفوائد ٤١٧/١-٤١٨، جامع المقاصد ٧١/٤.

(٣) في بعض النسخ: (ويقوىٰ التعلّق). وفي بعضها: (ويقوىٰ في المتعلّق).

(٤) في بعض النسخ العطف بـ (أو).

(٥) هذا الوجه منتزع من كلام المصنّف، في: تذكرة الفقهاء ١٦/١٠-١٧، الفرع ٨.

بحال دفع الثمن. ويرجع إلى أصل الفضولي والغاصب ـ ومن أنّ قصد النقل العرفي مجزٍ، كما تقدّم.

أو من أنّه يلزم في الإجازة ملك المثمن بلا عوض، على القول بالنقل[١]. وهو مبنيٌّ على الأوّل.

وأمّا الحمل على إرادة الإضمار ويكون الحاصل: أنّ فضولي الغاصب أو مطلقاً، مع علم المشتري وجهله، فيه إشكال، فضعيف»[٢].

قال تلميذه السيّد العامليﷺ بعد نقل كلمات الفقهاء في المقام: «قلتُ: قد تحصّل أنّ هنا مقامين،

الأوّل: هل للمشتري العالم بالغصب مطالبة الغاصب البائع بالثمن مطلقاً سواء بقيت العين أم أتلفها أم ليس له مطلقاً أم له مع بقائها خاصّة؟ الثاني: هل بيع الغاصب مع علم المشتري بغصبيّته صحيح فللمالك تتبّع العقود والإجازة أم ليس بصحيح؟ وقد بنى المحقّق الثاني[٣] صحّة المقام الثاني على المقام الأوّل، ونحن نتكلّم في المقامين على أنّه قد مضى ماله نفعٌ تامٌّ في المقام الثاني.

فنقول في المقام الأوّل: قال في «التذكرة»[٤]: لو كان عالماً لا يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا. وظاهره دعوى الإجماع مع التلف وبدونه. ونحوه ما في «نهاية الإحكام»[٥] حين قال: وأطلق علماؤنا ذلك. وقال في «المختلف»[٦] و «الإيضاح»[٧]: قال علماؤنا: ليس للمشتري الرجوع على الغاصب، وأطلقوا القول في

(١) كما في الحاشية النجارية /٢٢٠ و ٢٢١.

(٢) شرح القواعد ٨٩/٢ و ٨٨.

(٣) جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٧١/٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٨/١٠.

(٥) نهاية الإحكام: في عقد البيع ٤٧٨/٢.

(٦) مختلف الشيعة: في عقد البيع وشرائطه ٥٥/٥.

(٧) إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ٤١٧/١.

ذلك. وفى «تلخيص التلخيص» أطلق الأصحاب كافّة، وقد نسب عدم الرجوع مع بقاء العين في «الإيضاح»[١] أيضاً في مقامٍ آخر تارةً إلى قول الأصحاب وأخرى إلى نصّهم. وفى موضعٍ آخر[٢] إلى كثيرٍ منهم، ذكر ذلك في الغصب. وفي «جامع المقاصد»[٣] يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين، وفى موضعٍ آخر من الكتاب المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب، وفي «الروضة»[٤] نسبته إلى ظاهر كلامهم. وفي «المسالك»[٥] و«الكفاية»[٦] و «الرياض»[٧] نسبته إلى المشهور. وفي موضعٍ آخر من «الروضة»[٨] إلى الأكثر.

والتتبّع في كلام الشيخ[٩] ومَن[١٠] تأخّر عنه يشهد بذلك ما عدا «المختلف»[١١] و«التذكرة»[١٢] و«الكتاب» [القواعد] فيما يأتى و«نهاية الإحكام»[١٣] و«الإيضاح»[١٤]

---

(١) إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ٤١٧/١.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الغصب ١٩٤/٢.

(٣) جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٧١/٤ و ٧٧.

(٤) الروضة البهية: في عقد البيع ٢٣٥/٣.

(٥) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ١٦٠/٤.

(٦) كفاية الأحكام: في عقد البيع ٤٥٠/١.

(٧) رياض المسائل: في بيع الفضولي ٢٢٨/٨.

(٨) الروضة البهية: في عقد البيع ٢٣٥/٣.

(٩) المبسوط: في الغصب ٧١/٣ والنهاية: في المتاجر ٤٠٢/.

(١٠) كالمحقّق في شرائع الإسلام: في عقد البيع ٨/٢، والحلّي في السرائر: في ضروب المكاسب ٢٢٦/٢ و ٢٢٥.

(١١) مختلف الشيعة: في عقد البيع ٥٦/٥.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٨/١٠.

(١٣) نهاية الإحكام: في شروط عقد البيع ٤٧٨/٢.

(١٤) إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ٤١٨/١.

و«شرح الإرشاد» لفخرالإسلام[١] و«الدروس»[٢] و«اللمعة»[٣] و«جـامع المـقاصد»[٤] و«المسالك»[٥] و«الروضة»[٦] و«الكفاية»[٧] فإنّ فيها اختيار الرجوع مع وجود العين.

وكأنّ المحقّق فـي «الشـرائـع»[٨] والمـصنّف فـي كـتاب الغـصب[٩] مـتردّدان كصاحب «مجمع البرهان»[١٠] وكأنّهم لم يتحقّقوا الإجـماع، وظـهوره ليس بـإجماع، والشـهرة وإن عـلمت لا تـغني غـنىً، لكـن فـي «المسـالك»[١١] و«الروضـة»[١٢] و«الرياض»[١٣] أنّ العلّامة ادّعى الإجماع في التذكرة على عـدم الرجـوع مـع التـلف، والعبارة الموجودة في «التذكرة» هي ما قد سمعتها ظاهرة في دعواه مع التلف وبدونه إلّا أن يقال: إنّه لمّا اختار في الكتاب المذكور العدم مع البقاء فهم منه أنّه لم يتحقّق الإجماع على الإطلاق، وإلّا لما صحّ له مخالفته، فيبقى الكلام في ظهوره والقطع به، وهذه الكلمة لا تفيد إلّا الظهور ولم أجد له في البيع والغصب عبارة غيرها، ولعلّه ممّا زاغ عنه النظر أو أنّ فيما وجدوه من نسخ الكتاب المذكور قد وجد فيه «أجمع» بعد قوله «عـلمائنا» لكـنّه

---

(١) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في البيع /٤٦ السطر الأوّل (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٢) الدروس الشرعية: في بيع الفضولي ٣/١٩٣.

(٣) اللمعة الدمشقية: في عقد البيع /١١٠.

(٤) جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧١.

(٥) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.

(٦) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥.

(٧) كفاية الأحكام: في عقد البيع وشروطه ١/٤٥٠.

(٨) شرائع الإسلام: في عقد البيع ٢/٨.

(٩) قواعد الأحكام: في أحكام الغصب ٢/٢٣٨.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في المتعاقدين ٨/١٦٤-١٦٥.

(١١) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.

(١٢) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥.

(١٣) رياض المسائل: في البيع وآدابه ٨/٢٢٩.

بالنسبة إلينا اتكال على الهباء، فتأمّل.

وقد استدلّ في «التذكرة»[١] و«المختلف»[٢] و«جامع المقاصد»[٣] و«الروضة»[٤] و«المسالك»[٥] على الرجوع بعدم الانتقال مع بقاء العين إلى الغاصب، وزيد في «المختلف»[٦] و«الإيضاح»[٧] أنّه لا عقد يوجب الانتقال، لأنّ العقد الّذي وقع كان باطلاً، ولمّا لم يكن صاحب «جامع المقاصد» ممّن يقول ببطلان العقد اقتصر على ما سمعت[٨] وزاد في الأخيرين[٩] أنّه إنّما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له.

وفيه: أنّا لا نسلّم عدم الانتقال، لأنّه من الجائز أن يكون قد ملكه الغاصب لإعراض المالك عنه أو يأسه منه كما ذكروه[١٠] في مال السفينة إذا انكسرت في البحر، فتأمّل.

سلّمنا لكن من الجائز أن يكون عدم جواز الرجوع للمشتري عقوبة له حيث دفع ماله معاوضاً به على محرّم، فيكون الغاصب البائع مخاطباً بردّه، فإن بذله أخذه المشتري، وإن امتنع منه بقي للمشتري في ذمّته وإن لم يجز له مطالبته، كما هو الشأن فيما لو حلف المنكر كاذباً على عدم استحقاق المال في ذمّته، لكنّ ذلك فرع قيام الدليل إلّا أن يدّعى تحصيل الإجماع من المتقدّمين والشأن في إثبات ذلك، على أنّه قد يقال: إنّ الظاهر في نحو الرشوة وعوض الخمر وسائر المحرّمات أنّ له أن يرجع إلى عوضه مع أنّه دفعه في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/١٨.

(٢) مختلف الشيعة: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٦.

(٣) جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧٧.

(٤) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥.

(٥) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٠.

(٦) مختلف الشيعة: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٦.

(٧) إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ١/٤٢١.

(٨) تقدّم في مفتاح الكرامة ١٢/٦١٣.

(٩) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥، ومسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٠.

(١٠) كما في السرائر ٢/١٩٤-١٩٥، والمسالك ١٤/٧٧-٧٦، مجمع الفائدة والبرهان ١٢/١١١.

محرّم فليتأمّل، إلّا أن تقول: إنّ ذلك مع الجهل كما ستسمع[١] فيما إذا اشترى خمراً وخلّاً.

ويرد على ما في «الروضة» و«المسالك» من أنّه إنّما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له، أنّ ذلك لا يتأتّى في صورة عدم توقّع الإجازة، فتأمّل.

واستدلّ أيضاً في «الروضة»[٢] بأنّه كيف يجتمع تحريم تصرّف البائع فيه مع عدم رجوع المشتري به في حال.

وفيه ـ مضافاً إلى عدم تأتّيه في صورة عدم توقّع الاجازة كما مرّ ـ أنّ الضمير في «فيه» إن كان راجعاً إلى المثمن حتّى يكون المراد لا يجتمع تحريم تصرّف البائع في المثمن مع عدم رجوع المشتري في الثمن فممنوع، لأنّه أوّل المسألة. ومن ثمّ قالوا: إنّ المشتري قد فوّت ماله متعمّداً لعلمه بتحريم تصرّفه فيه ودفع ماله من غير عوض، وهو يجتمع مع جواز تصرّف البائع في الثمن عند القائلين بالإباحة، وقد ذهبوا إلى أنّه حينئذٍ ليس أكلاً مال الغير بالباطل. وإن كان المراد أنّه لا يجتمع تحريم تصرّف البائع في الثمن مع عدم جواز رجوع المشتري به ـ وهو الّذي أراده في «المسالك»[٣] ـ فمسلّم، لكنّ القائلين بالإباحة لا يقولون بهذا التحريم، كيف ومدعاهم جوازه، على أنّ ذلك آتٍ في صورة التلف كما قرّره في «الروضة»[٤] فليتأمّل، وقد أجمع الأصحاب على أنّه إذا تلف العوض ليس للمشتري مطالبته به كما في «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام[٥] و«جامع المقاصد»[٦] و«المسالك»[٧] ونسبه إلى علمائنا في «المختلف»[٨] وقد سمعت[٩] ما في «التذكرة» و ما

(١) يأتي الكلام فيه في مفتاح الكرامة ١٢/٦٦٠-٦٦٤.

(٢) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥.

(٣) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.

(٤) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥.

(٥) شرح إرشاد الأذهان: في البيع /٤٥، س٢٩ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤) مخطوط.

(٦) جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧٢.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٠.

في «المسالك» و«الروضة» و«الرياض» من نسبة دعوى الإجماع على ذلك إلى التذكرة، ولم يعرف الخلاف إلّا من المحقّق في بعض تحقيقاته في جواب مسائل سئل عنها، فإنّ في كلامه ما يقتضي الرجوع مطلقاً، كذا نقل عنه المحقّق الثاني[١٠]، فكان كلامه ليس بتلك المكانة من الظهور أو الصراحة. وفي «اللمعة»[١١] و«الروضة»[١٢] أنّ قول المحقّق غير بعيد إذا كان متوقّعاً للإجازة، واحتمله في «المسالك»[١٣] وقال: لو لا ادّعاء العلّامة الإجماع عليه في التذكرة لكان في غاية القوّة، وكذا قال في «الرياض»[١٤] وتردّد صاحب «الكفاية»[١٥].

وأمّا المقام الثاني فقد عرفت[١٦] أنّ الذاهب إلى صحّة البيع مع علم المشتري بالغصبية إنّما هو الشهيد في «الدروس» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد» وعرفت[١٧] مَن استشكل في البيع أو الإجازة لمكان التلازم كما مرّ، وعرفت[١٨] أنّ أخبار الباب الواردة من طرقنا ظاهرة الدلالة على بطلانه، مضافاً إلى ما أيّدناه به ممّا سمعته[١٩] في أحد وجهي الإشكال.

---

(٨) مختلف الشيعة: في عقد البيع ٥/٥٥.
(٩) تقدّم في ١٢/٦١٧.
(١٠) جامع المقاصد: في المتعاقدين ٤/٧٧.
(١١) اللمعة الدمشقية: في عقد البيع /١١٠.
(١٢) الروضة البهية: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
(١٣) مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.
(١٤) رياض المسائل: في البيع وآدابه ٨/٢٢٩.
(١٥) كفاية الأحكام: في عقد البيع ١/٤٥٠.
(١٦) تقدّم في ١٢/٦١٣.
(١٧) تقدّم في ١٢/٦١٤ وما بعدها.
(١٨) تقدّم في ١٢/٥٩٧.
(١٩) تقدّم في ١٢/٦١٢ وما بعدها.

وقد احتجّ في «جامع المقاصد»[١] على الصحّة بأنّ الأصحّ عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه، لأنّ المعتمد أنّ للمشتري استعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب لعدم المقتضي، وتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه لا ينافي كونه عوضاً بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلك في عوض العقد الفضولي لمن أوقعه فضولاً للم يكن قادحاً في ثبوت الإجازة للمالك.

وفيه: أوّلاً: أنّه اجتهاد في مقابلة النصّ وقد بناه على ما عرفت حاله، وثانياً: إمّا أن يكون قد أباح له التصرّف فيه وسلّطه عليه غير مترقّب لإجازة المالك بل ولا محتمل لها أو يكون متوقّعاً لها، فعلى الأوّل كيف لا ينافي كونه عوضاً، والفرق حينئذٍ بينه وبين الفضولي واضح، لأنّه في الفضولي لم يبحه مطلقاً بل دفعه متوقّعاً لكونه عوضاً عن المبيع فيكون مضموناً عليه بخلاف ما نحن فيه فإنّه سلّطه عليه وأباحه له مع علمه بعدم استحقاقه له، وعلى الثاني فعلى القول الأصحّ بأنّ الإجازة كاشفة تكون قد دلّت حين حصولها على انتقال الثمن إلى ملك المجيز بالعقد فكيف تؤثّر فيه إباحة المشتري للغاصب بعد العقد تصريحاً أو تسليطاً؟ فتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب إنّما هو لكون العقد غير صحيح كما هو واضح، ولا كذلك الحال في صورة الجهل، على أنّ المعاوضة في صورة العلم بأنّ البائع غاصب لا يعتدّ بها، لأن[٢] كانت غير مقصودة، ولا كذلك الحال في بيع الفضولي إذا علم المشتري بالحال، لأنّه مترقّب للإجازة متوقّع لكون ما دفعه عوضاً عن المبيع، فتأمّل.

ولمّا لم يحقّق صاحب الحدائق[٣] كلام القوم في المقام أطنب في الكلام وقلّب الأُمور فظنّ أنّ المقام الأوّل مبنيٌّ على المقام الثاني مع أنّ الأمر بالعكس، وذلك من ضعف التثبت وعدم التروّي وقلّة التدبّر»[٤].

---

(١) جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧١.

(٢) كذا في المصدر والأصح: لأنّها.

(٣) الحدائق ١٨/(٣٩٩-٣٩٣).

(٤) مفتاح الكرامة ١٢/(٦٢١-٦١٤).

قال المحقّق السيّد الخوئي‏ في المقام الثاني من البحث: «حاصله [أي حاصل الإشكال]: إنّ الغاصب إذا باع شيئاً فالمشتري منه إن كان جاهلاً بكونه غاصباً فلا إشكال في صحته التأهلية فينفذ بإجازة البائع [المالك] وهكذا الحال في العقود المتتابعة وأمّا إن كان عالماً به ومع ذلك أقدم على الشراء منه فهو مسلِّط له على ماله مجاناً لعلمه بفساد البيع والشراء، فإذا اشترى البائع بالثمن شيئاً لنفسه يملك ما اشتراه من دون أن يضمن شيئاً للمشتري الأوّل، لأنّ ماله قد تلف بالدفع إلى البائع أو هو في حكم التالف، فلا يبقى مجال بعد ذلك لأن يجيز المالك العقد الواقع على الثمن لنفسه ـ أي يجيز العقد الثاني ـ وكيف يجيز عقداً ما لم يقع على ماله.

وهذا الاشكال مبني على ما هو المعروف من أن تسليط المالك غيره على ماله خارجاً يوجب عدم ضمانه إذا تلف تحت يده أو أتلفه، فكأن التلف حينئذ يكون في ملكه والتسليط يكون مملِّكاً في فرض التلف، هذا كله في إجازة العقد الثاني.

بل يجري الإشكال في العقد الأوّل أيضاً بناءً على ما ذكره بعضهم من أنّ التسليط الخارجي يوجب الملكية أو إباحة التصرف من الأوّل قبل التلف، فإذا اشترى شخص من الغاصب شيئاً مع علمه بكونه غاصباً فقد أذن له في الإتلاف، ولا معنىً حينئذ لجعله ثمناً، فلا مجال لإجازة المالك البيع الأوّل أيضاً.

وهذان الإشكالان تعرض للأوّل منهما العلّامة والقطب ولهما معاً الشهيد في حواشيه.

ونقول يردهما: أوّلاً: فساد المبنى، فإنّ مجرد التسليط الخارجي لا يوجب ارتفاع الضمان الثابت بمقتضى عموم على اليد المثبت للضمان وليس أحد المملكات، ومن الظاهر أن تسليط المشتري الغاصب على الثمن ليس مجانياً وإنّما هو تسليط بعوض بحسب اعتبار المتبايعين أو العقلاء أيضاً ولو لم يكن ممضىً شرعاً، وقد ذكرنا غير مرة أنّ عدم الإمضاء الشرعي والفساد بحكم الشارع لا يوجب كون التسليط مجانياً ولا ينافي الاعتبار المعاملي.

وثانياً: لو سلمنا ذلك فهو إنّما يتم على النقل دون الكشف، إذ على الكشف تكشف

الإجازة عن خروج الثمن عن ملك المشتري إلى ملك المالك المجيز قبل التسليط على مال الغير، وهو لايوجب الملك ولا إباحة التصرف نعم، على النقل يجري الإشكال، بل الظاهر عدم جريانه على النقل أيضاً، وذلك لأن التسليط إنّما يكون مجانياً في فرض بطلان البيع وعدم لحوق الإجازة، وأما إذا كان البيع صحيحاً ولحقه الإجازة فالتسليط يكون بعوض حتّىٰ في حكم الشارع ـ فتأمل.

وأما ما ذكره فخر المحقّقين في الإيضاح وجهاً رابعاً لدفع الاشكال من أنّ الثمن في الفرض يكون متعلّقاً لحقِّ المالك المجيز أيضاً، إذا المفروض أنّه جعل ثمناً لماله وإن كان متعلقاً لحقِّ الغاصب أيضاً إلّا أنّه يقدم عليه حقُّ المالك، لما ورد من أنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

ففيه: أوّلاً: لم يرد دليل على أنّه يؤخذ بأشق الأحوال بل لا يؤخذ إلّا بما ثبت في حقّه شرعاً.

وثانياً: ذكرنا أنّ وقوع العقد على مال الغير لا يوجب له حقاً، والإجازة إنّما هو حكم شرعي لا حقّ مالكي هذا مضافاً إلى أنّه يعتبر في صحة الإجازة عدم كون موردها متعلّقاً لحقِّ الغير وإلّا فلا تنفذ. فالصحيح في الجواب عن الإشكال ما ذكرناه»[1].

أقول: **أمّا المقام الأوّل**: هل للمشتري العالم بالغصب مطالبة الغاصب البائع بالثمن؟

فقد عرفت أنّ فيه ثلاثة أقوال:

أ: ما ادّعىٰ العلّامة[2] عليه الإجماع وهو عدم الرجوع مطلقاً أي في فرض وجود عين الثمن وتلفه أو إتلافه. وهذا قول المتقدمين عليه كالشيخ[3] وابن ادريس[4]

---

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٦٠ و ٤٥٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/١٨، نهاية الإحكام ٢/٤٧٨.

(٣) المبسوط ٣/٧١، النهاية /٤٠٢.

(٤) السرائر ٢/٢٢٦ و ٣٢٥.

والمحقّق في الشرائع[١].

ب: الإجماع عند العلّامة لم يتم ولذا خالفه وذهب إلى جواز مطالبة الغاصب في فرض بقاء عين الثمن عنده، وتبعه ولده والشهيد والكركي والشهيد الثاني والمحقّق السبزواري صاحب الكفاية.

ج: جواز مطالبة الغاصب مطلقاً سواء بقيت العين أم تلفت، كما عليه المحقّق في جواب بعض استفتآته.[٢]

والمختار عندي هو ما ذهب إليه المحقّق أخيراً:

[١] لعدم تمامية الإجماع وغيره من الأدلة المذكورة في كلامهم.

[٢] ولأنّ ما فعله المشتري العالم بالغصب ليس إلّا بيعاً عرفيّاً عند عامة الناس وليس تمليكاً مجانياً ولا إباحة مالكية ولاتسليطاً لماله للغير من دون عوض.

[٣] وعلى فرض قبول هذه الموارد الثلاثة لا إشكال في جواز الرجوع في جميعهم لجواز الرجوع في الهبة المجانية والإباحة المالكية مع بقاء الثمن واضح. ومع تلفه لعدم تمامية هذه الموارد عندنا.

[٤] لا يجوز للغاصب التصرف في ما دفعه إليه المشتري، لأنّه دُفِع إليه عوضاً من العين ولا يتم العقد عند الشارع فيكون ضامناً كما في المقبوض بالعقد الفاسد. هذا كلّه في المقام الأوّل.

أما المقام الثاني: هل بيع الغاصب مع علم ٱلْمُشْتَرِيْ بغصبيّته صحيح فللمالك تتبّع العقود والإجازة أم ليس بصحيح؟

فقد عرفت أنّ فيه قولين:

أ: ما ذهب إليه المشهور من بطلان العقد.

---

(١) الشرائع ٢/٨.

(٢) المسائل الطبرية، المسألة الرابعة، وهي مطبوعة في ضمن الرسائل التسع /٣٠٦ للمحقّق الحلّي بتحقيق الشيخ رضا الأستادي من منشورات مكتبة آيةالله المرعشي النجفي.

ب: ما ذهب إليه الشهيد والمحقّق الثاني والسيّد الخوئي وشيخنا الأُستاذ[١] من صحة العقد وأنّه يجرى فيه ما يجرى في غيره من أنّ للمالك تتبع العقود على عين المال أو ثمنه وإجازة أيٍّ منها شاء.

والمختار عندي ـ هو القول الأخير من صحة العقد وجواز تتبع العقود:

[١] لعدم ورود نص في المقام وما ادعاها في المفتاح ليست إلّا ماورد من الروايات في بطلان الفضولي كما مرّ نقدها.

[٢] ما دفعه المشتري العالم بالغصبية ليست الإباحة المالكية أو الهبة المجانية بل دفعه عوضاً عن عين مال اشتراه بالعقد العرفي ولا الشرعي.

[٣] حيث تمّ أنّ ما دفعه يكون بعنوان الوفاء بالعقد فيصح للمالك إجازة هذا العقد وتملك الثمن الوارد فيه.

[٤] لا أرى فرقاً بين العالم بالغصبية والجاهل بها والعالم بالفضولية والجاهل بها والغصب والفضولي لعدم تمامية أدلة الفرق.

[٥] وحيث لم يَكُنْ ـ هُناك ـ فَرْقٌ بين هذه الموارد فيجوز للمالك إجازة العقد وتتبع العقود على عين المال وثمنه ويجرى بحث تتبع العقود بعين ما مرّ في الفضولي والحمد لله كما هو أهله.

وأمّا القول في اَبْتِناء المقام الثّاني على المقام الأوّل: فأقول: بناءً على القول الأوّل [أ] في المقام الأوّل لا يجري في المقام الثاني إلّا القول الأوّل [أ] لعدم وجود المعاوضة والعقد وأمّا بناءً على قولي الثاني والثالث [ب و ج] في المقام الأوّل يمكن أن يجرى في المقام الثاني كلا القولين [أ و ب]، فالمقام الثاني يبتني على المقام الأوّل كما نبّه عليه صاحب مفتاح الكرامة لا عكسه كما ظنّه صاحب الحدائق.

---

(١) راجع ارشاد الطالب ٤/٨٥.

وَصْلٌ:

في أَحْكامِ الرَّدّ

أحكام الردّ

هذه الأحكام تجري بعد البناء على أنّ الردّ هادم للعقد وفسخ له في الجملة وقد عرفت[1] عدم الدليل عليه.

والردّ يتحقق بالفعل كما يتحقّق بالقول كما مرّ ذلك في أصل العقد والإجازة ويقع الكلام فيه في ضمن جهات:

الجهة الأُولىٰ: الردّ القولي

قال الشيخ الأعظم: «لا يتحقق الردّ قولاً إلّا بقوله: «فسخت» و «رددت» وشبه ذلك ممّا هو صريح في الرد، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز»[2].

أقول: لا نحتاج إلى صراحة اللفظ في الردّ بل يكفي الظهور لاعتبار الظواهر عند العقلاء والشرع المقدس.

وقد مرّ عدم تمامية لزوم وفاء الأصيل بالعقد فلا يمكن استصحابه عند الشك فيه، «وعلى تقديره [أي لزومه] فاستصحابه لا يثبت إضافة العقد إلى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها، فإنّه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه، نظير استصحاب بقاء وجوب الصلاة وإثبات عدم خروج وقتها...»[3].

نعم، القابلية من طرف المجيز باقية حتّى مع الردّ الصريح قبله لما مرّ ولا نحتاج فيه إلى استصحابه لعدم الشك في وجوده وبقائه.

---

(١) راجع الآراء الفقهية ٥/٥٠٥.

(٢) المكاسب ٣/٤٧٧.

(٣) إرشاد الطالب ٤/٨٨.

الجهة الثانية: الردّ الفعلي

قال الشيخ الأعظم: «وكذا يحصل [الردّ] بكلِّ فعلٍ مخرجٍ له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما كالعتق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك، والوجه في ذلك: أنّ تصرّفه بعد فرض صحّته مفوّت لمحلِّ الإجازة لفرض خروجه عن ملكه»[١].

أقول: مرّ وقوع العقد بالفعل عندي إلّا ما خرج بالدليل فكذلك يمكن وقوع الإجازة والردّ كليهما بالفعل هذا بالنسبة إلى كبرى بحث الردّ الفعلي.

وأمّا صغراه: فقد ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ الرد الفعلي يحصل بكلِّ فعلٍ يكون ذلك الفعل مخرجاً للمال عن ملك المالك المجيز، والخروج يمكن أن يكون بالنقل أو الإتلاف والعتق والبيع ونحوها.

ولكن المحقّق النائيني بعد ما قَبِلَ الكبرى ناقش في الصغرى وقال: «لا إشكال فيه [في الرد الفعلي] بحسب الكبرى فإنّ الرد من العناوين القابلة لتحقّقها بالفعل وليس كالنكاح الذي لا يقبل تحقّقه بالفعل فإنّ الفعل فيه من السفاح الذي هو ضدّ النكاح. وإنّما الإشكال في الصغرى فإنّا لا نجد فعلاً يكون مصداقاً للردّ بالحمل الشائع الصناعي...»[٢].

وتبعه شيخنا الأُستاذ﵀ في ظاهر عبارته.[٣]

ولكن يرد عليه: «أنّ الإشارة والكتابة من الأفعال ومع ذلك لا إشكال في صدق عنوان الردّ عليهما، فإذا سألناه عن أنّك تقبل المعاملة الكذائية فحرّك رأسه ورفعه فمعناه أنّه يردّها ويصدق عليه الردّ بلا كلام فيترتب عليه أحكامه»[٤] وكذا الكتابة. فيتم وجود المصداق الفعلي للردّ وهذا هو صغراه.

وقَبِلَ صاحب العقد النضيد[٥] هذا البيان.

---

(١) المكاسب ٣/٤٧٧.

(٢) منية الطالب ٢/١٥٢، ونحوها في المكاسب والبيع ٢/٢٤٣.

(٣) راجع إرشاد الطالب ٤/٨٩.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٣.

(٥) العقد النضيد ٣/٥٢٣.

الجهة الثالثة: هل تُعدّ التصرفات الناقلة عن الملك ردّاً؟

التصرفات تنقسم إلى أَرْبَعَةِ أَقْسامٍ يأتي تفصيلها:

وأمّا التصرفات الناقلة فتنقسم إلى قسمين:

الأوّل: التصرفات التي تمنع عن رجوع العين إلى ملكية مالكها الأوّل مجدداً، كالبيع اللازم والهبة إلى ذي الرحم والهبة المعوّضة.

الثاني: التصرفات التي لا تمنع عن رجوع العين إلى ملكية مالكها الأوّل مجدداً فيجوز للمالك الرجوع في عين ماله حقّاً أو حكماً نحو: البيع الخياري أو الْهِبَة لغير ذي رحم أو بدون عوض.

ومن المعلوم أنّ القسم الثاني لا يعدّ رداً لبيع الفضولي الذي يكون قبله لأنّ المالك بعد رجوع العين إليه يتمكن من إجازة بيع الفضولي السابق من دون إشكال عندي.

١ـ **وأمّا القسم الأوّل: الذي لا يمكن رجوع العين إلى مالكها** بوجهٍ فهل هذه التصرفات تُعَدُّ رداً لا يمكن بعدها لحوق الإجازة؟ أو لا تعدّ؟ أو أنّ هناك تَفْصِيْلاً بناءً على قولي الكشف والنقل في الإجازة؟

وجوه بل أقوال.

الأوّل: ذهب المحقّق النائيني[١] وتلميذه السيّد الخوئي[٢] إلى عدم وجود محلّ للإجازة بعد صحة التصرفات الصادرة من المالك.

والوجه في ذلك: التصرف الصادر من المالك يعدّ تصرفاً صادراً من أهله وواقعاً في محلّه ومعه لا يبقى محلّ للإجازة.

وبعبارة أُخرى: المالك بعد تصرّفه الناقل يصير أجنبيّاً فإجازته اللاحقة بعد صدور التصرف، تصدر مِمَّنْ ليس له صلة بالمال ويكون أجنبيّاً عنه.

الثاني: هذه التصرفات الناقلة تكون باطلة فالإجازة التي تأتى بعدها نافذة بناءً

---

(١) منية الطالب ١٥٣/٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٦٥/٢.

على الكشف لا النقل، فيكون القول الثاني هو التفصيل بين قولي الكشف و النقل. ويدلّ عليه:

١ـ صحيحة أبي عبيدة الحذاء[1]

بتقريب: إنّ موافقة الحيّ بالنكاح السابق تعدّ إجازة صادرة ممّن ليس له قابلية المحلّ لصدورها بعد حيلولة الموت وانتفاء موضوع النكاح، فإذا يرى الإمام‏عليه السلام هذا الإجازة اللاحقة كاشفة عن صحة النكاح السبق فهي أولى بأن تكون كاشفة عن صحة عقد الفضولي، فضلاً عن تأثير الإجازة في بطلان ملكية المالك وهي لا تكون أقوى من تأثير الموت في بطلان النكاح.

ويرد عليه: **أوّلاً**: تعميم الحكم الوارد في باب الارث إلى أبواب البيع والمعاملات يكون من القياس الباطل.

وثانياً: هذه الصحيحة تختص بقضية معينة ولا مجال لتعميم حكمها إلى غيرها، فهي غير مطلقة ولا دليل على إلغاء الخصوصية منها.[2]

٢ـ الوجه العقلي المذكور في كلام المحقّق الأصفهاني‏رحمه الله:

قال: «وأمّا على الكشف[3] بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه[4]، فصحة العقدين معاً مستحيلة إذ[5] لا يمكن أن يكون المال في زمان العقد الثاني ملكاً للمشتري من المالك، وللمشتري من الفضول بإجازة المالك فلابد من رفع اليد عن أحدهما، وحيث أنّ المفروض[6] تأثير العقد من حين صدوره بالإجازة المتأخرة التي هي شرط متأخر

---

(١) وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

(٢) راجع العقد النضيد ٥٢٧/٣.

(٣) مراده الكشف الحقيقي الشرطي.

(٤) أي الشرط المتأخر يتأثّر في العقد السابق ولا بأس بهذا التأثّر في خصوص الأُمور الاعتبارية لا غيرها.

(٥) إذ وما بعده تعليل للاستحالة.

(٦) بناءً على الكشف الحقيقي الشرطي وهو الوجه الأوّل من وجوه الكشف في مقام الثبوت

يؤثر في ما قبله، فلا محالة لا يعقل أن تكون الملكية المتصلة بحال الإجازة شرطاً في تأثير الإجازة[١] وإلّا لزم الخلف[٢] أو الانقلاب[٣].

فالملكية المتصلة بحال العقد كافية في صحة الإجازة من المالك[٤]، فمقتضي تأثير العقد المجاز تامُ ثبوتاً[٥] وإثباتاً[٦]، فلو لم ينفذ البيع الثاني الصادر من المالك كان على وفق القاعدة لأنّه بيع وارد على مال الغير، ولا ينفذ إلّا ممّن له البيع[٧].

بخلاف ما إذا قلنا بعدم نفوذ العقد المجاز فإنّه[٨] تخصيص بلاوجه، فيدور الأمر

← راجع الآراء الفقهية ٤٠٢/٥.

(١) هذا هو المدعىٰ للمحقّق الاصفهاني‌ﷺ بأنّ شرط صحة عقد الفضولي وقوع العقد في ملك مالكه لا وقوع الإجازة المتأخرة في ملكه، بل عدم معقولية وقوع الإجازة في ملك المالك، لأنّ بناءً على الكشف الحقيقي ينتقل المال من حين العقد إلى المشتري من العاقد الفضولي فحين الإجازة لا تكون العين في ملكية المالك. واستدلّ عليه بدليلين:

(٢) هذا هو دليله الأوّل: الخلف: أي لو كانت ملكية المالك إلى حين الإجازة شرطاً لصحة الإجازة اللاحقة يسلتزم عدم انتقال المال إلى المشتري من الفضولي من حين العقد وهو خلاف الفرض أي الكشف الحقيقي فخلفٌ.

(٣) هذا هو دليله الثاني: والمراد به هو الكشف الانقلابي الذي يعدّ من أقسام الكشف الحكمي وهو ـ أي الكشف الانقلابي ـ عبارة عن بقاء ملك المالك علىٰ العين قبل الإجازة وأمّا بعدها تنقلب الملكية دفعة واحدة وتصير العين ملكاً للمشتري من حين العقد والإجازة تكشف عن هذا الانقلاب. [راجع بحث وجوه الكشف في مقام الثبوت في الآراء الفقهية ٤٠٥/٥].

والكشف الانقلابي أيضاً غير مفروض كلامنا وهو الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر.

(٤) ولا نحتاج إلى بقاء ملكية المالك إلى حين الإجازة، بل يستحيل ذلك بالدليلين الماضيين.

(٥) لما ثبت من الدليلين أنّ الملكية إلى حين العقد كافية ويستحيل بقاء الملكية إلى حين الإجازة.

(٦) لأنّ مع ثبوت مقتضي للعقد يثبت لزوم الوفاء بمقتضىٰ العقد بدلالة الآية الشريفة ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾. عقد الفضولي تام بعد صدور الإجازة فيجب.

(٧) أي لايصح البيع إلّا من المالك والبيع الثاني بعد صدور الإجازة بناءً على الكشف الحقيقي يكون بيع مال الغير فباطلٌ.

(٨) أي عدم نفوذ عقد الفضولي وبطلانه ولو بعد صدور إجازة المالك.

بين التخصص(١) والتخصيص بلا وجه(٢) أو بوجه دائر(٣). لأنّ صحة العقد الثاني متوقفة على بقاء المال على ملك البائع حال بيعه وهو متوقف على عدم صحة العقد المجاز، وهو متوقف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنّه لا مخرج لا عن ملكه إلّا العقد الثاني فيدور.

بخلاف العقد المجاز فإنّه يكفيه الملكية المتصلة بحال العقد المجاز، والعقد الثاني لا يزيل الملكية المتصلة بحال العقد المجاز بل يزيل الملك المتصل بحال الإجازة وهو غير لازم»(٤).

المناقشة في دليل المحقّق الأصفهاني

ويرد عليه: **أوّلاً**: يمكن القول باعتبار تداوم ملكية المالك من حين العقد إلى حين الإجازة فلابدّ من صدور الإجازة منه في ملكه، ولكن الملكية اللولائيّة أي لو لا الإجازة لكان مالكاً، وهذه الملكية الخاصة ـ أي اللولائية ـ لا يلزم من الالتزام بها لا الخُلف ولا الكشف الانقلابي، وهما دليلا المحقّق الأُصفهاني ولا يجريان في هذه الملكية

---

(١) أي خروج العقد الثاني من تحت الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يكون على وجه التخصص لأنّه من أوّل الأمر لم يدخل تحت الآية لأنّها أمرٌ إلى المُلّاك والعقد الثاني لم يقع في ملك المالك، لأنّه وقع في ملك المشتري من الفضولي فخروجه عن الآية الشريفة يكون تخصصاً.

(٢) وأمّا إذا عكسنا الأمر وأَرَدْنا خروج عقد الفضولي مع صدور الإجازة بناءً على الكشف من تحت الآية الشريفة، فَهذا يوجب تخصيصها بلاوجه ودليل شرعي لأنّه عقد وقع في ملك مالكه وصدور إجازته فيجب الوفاء به ولم يَرِدْ مُخَصِّصٌ لأجل خروجه من تحت الآية الشريفة.

(٣) أي التخصيص بالوجه الدائر: وهو تقدم العقد الثاني على عقد الفضولي وتخصيص آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وخروج عقد الفضولي من تحته يكون دورياً لأنّ صحة العقد الثاني متوقفة على بقاء المال على ملك البائع حال بيعه، وهذه الصحة متوقفة على بطلان عقد الفضولي، وعلى هذا خروج عقد الفضولي من تحت الآية الشريفة متوقف على صحة العقد الثاني وصحته متوقفة على بطلان عقد الفضولي والبطلان متوقف على الخروج من تحت الآية الشريفة فيكون دوريّاً.

(٤) حاشية المكاسب ٢/٢٧٤ و ٢٧٥.

اللولائية.

وثانياً: إذا لاحظنا النسبة بين الإجازة والملكية اللولائية فلا تخلو من وجوه ثلاثة:

أ: الإهمال: وهو ممنوع، لاستحالته في الأُمور الواقعية وفي نفس الأمر.

ب: الإطلاق: وهو أيضاً ممنوع، لأنّه يستلزم أن تكون إجازة الأجنبي مؤثرة في بيع الفضولي وهو باطل.

ج: التقييد: وهو المطلوب فتكون الإجازة مقيّدة ومشروطة بالملكية اللولائية.

فمن باع قبل صدور الإجازة عنه، لا يكون مالكاً لو لا الإجازة فلم يتحقّق اشتراط الإجازة وقيدها فإجازته باطلة.

وثالثاً: يمكن القول باعتبار الإجازة بناءً على الكشف في فرض لم يتعقّبه تصرف من المالك في ماله، وأمّا إذا صدر من المالك تصرفاً في ماله فالإجازة الصادرة منه بعد ذلك التصرف غير مؤثرة في الكشف والبيع الثاني من أعظم مصاديق التصرف ولا يلزم منه الخلف ولا الكشف الانقلابي كما يظهر من المحقّق الخميني[(١)] ﷺ.

وبعبارة أُخرى: صحة الإجازة متوقفة على فساد التصرف من المالك فلو توقّف فساد التصرف منه على صحة إجازته لكان دوراً ظاهراً كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي[(٢)] ﷺ.

ورابعاً: صحة العقد الثاني لم تبن على الدور المحال الذي ذكره المحقّق الأصفهاني، لما مرّ من ابتناء صحة عقد الفضولي على صدور الإجازة من المالك اللولائي، والمالك مع فرض قيامه بالبيع الثاني لم يكن مالكاً لولائياً فبطلان عقد الفضولي مستنداً إلى عدم شرطه ولم يكن مستنداً إلى صحة العقد الثاني حتّى يلزم منه الدور المدعى.[(٣)]

وخامساً: ما ذكره ﷺ لو تم ـ ولم يتم ـ إنّما يتم على الكشف الحقيقي الشرطي وقد

---

(١) كتاب البيع ٢/٤٣٣.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٥.

(٣) الباقي من النقود يظهر من العقد النضيد ٣/(٥٣٤-٥٣٢).

عرفت[١] أنّ للكشف أقسام متعددة وأنواع متكثرة، فالدليل أخص من المدعىٰ.

وبالجملة: لا يمكن الالتزام بهذا الدليل العقلي المذكور في كلام المحقّق الأصفهاني‏ﷺ.

٣ـ الوجه العقلي المذكور في مقالة المحقّق الايرواني‏ﷺ

قال: «... إنّ خطاب (أَوْفُوا) إن توجّه إلى المالك لم يبق موقع لتوجّهه إلى إجازته لعقد الفضولي حتّى يلتجأ إلى الجمع بين الخطابين بذلك، ففي كلّيّة [أي جميع] فروض المنافاة بين الصحيحتين الأمر دائر بين صحة عقد المالك وصحة إجازته فكل منهما فرض صحيحاً بطل الآخر، ولكن عقده صحيح على القول بالنقل لأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه لبقاء ماله على ملكه فتشمله أدلة صحة تصرفات المالك فلا يبقى موضوع لنفوذ إجازته لخروجها عن كونها إجازة المالك.

وإجازته صحيحة على القول بالكشف لكشفها عن سبق خطاب (أَوْفُوا) بالنسبة إلى العقد الصادر من الفضولي فيكون النقل حاصلاً حينه فلا يبقى موضوع لصحة عقده لانكشاف كونه عقد غير المالك.

وبالجملة: سبق خطاب كلّ منهما يوجب خروج الآخر عن موضوع الخطاب وتخصّص الدليل بالنسبة إليه...»[٢].

ويرد عليه: إنَّهُ لم يقم دليل على أنّ خطاب (أَوْفُوا) يتوجّه أوّلاً إلى المالك المجيز ـ بناءً على الكشف ـ بل الصحيح أنّ توجّه الخطاب إلى المالك المجيز مشروط بملكيته اللولائية في حين صدور الإجازة منه، وحيث قام بعد عقد الفضولي ببيع ماله مباشرة فخرج المبيع عن ملكيته وإجازته لم تقع في ملكيته اللولائية فإجازته باطلة وتمّ البيع المالك. الأصيل، حتّى على القول بالكشف.

والحاصل: لم تتم الوجوه الثّلاثة التي أقاموها على التفصيل بين الكشف الحقيقي

---

(١) راجع الآراء الفقهية ٥/٤٠٢ وما بعدها.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٣٢٢.

والنقل.

وأمّا إثبات التفصيل بناءً على الكشف الانقلابي:

فقد قال المحقّق الأصفهاني في تقرير إثبات التفصيل: «**وأمّا الكشف علىٰ وجه الانقلاب** فمبناه علىٰ بقاء المال علىٰ ملك مالكه الأصلي، وإنّما ينقلب بالإجازة، ولا انقلاب حقيقة إلّا بعد الإجازة، فجميع تصرفات المالك تصرفات واردة علىٰ ملكه حقيقة، ونفوذها يمنع عن نفوذ العقد الأوّل بالإجازة ولو بنحو الانقلاب، فإنّ الانقلاب إنّما يعقل إذا لم يكن له مانع، ونفوذ التصرفات المتوسطة بين العقد الأوّل والإجازة مانع، لفرض التمانع بين صحة العقدين، وفرض عدم المزاحم للتصرف المتوسط حال ثبوته حقيقة وواقعاً، فيساوق الكشف الانقلابي للنقل في صحة العقد الثاني دون الأوّل، وحيث إنّ بناء المصنف [الشيخ الأعظم] علىٰ الكشف الانقلابي بل نسبه إلى المشهور أيضاً، فلذا أطلق في الكلام من حيث الكشف والنقل.

والتحقيق: أنّ المانع من صحة العقد المجاز مع صحة العقد الثاني أحد أُمور:

إمّا عدم إتصال ملك المجيز بحال الإجازة، لعدم كفاية الملكية المتصلة بحال العقد هنا، إذ لا يعقل الانقلاب فيها في الملكية بين العقد والإجازة.

وإمّا لزوم اجتماع مالكين على ملك واحد في زمان العقد الثاني، إذا فرض تصحيح العقدين، حيث إنّ إبطال العقد الثاني بعد فرض وقوعه صحيحاً بلا وجه، فلابد من فرض مالكية المشتريين لمال واحد في زمان العقد الثاني.

وإمّا لغوية الإجازة إذا أثرت في صحة العقد الأوّل بنحو الانقلاب إلى زمان العقد الثاني فقط، لئلا يلزم اجتماع الملكين، ولا يصححه الرجوع إلى البدل، لمكان إتلاف المال بالنقل الصحيح، لأنّ الملك الانقلابي متأخر عن الإتلاف بالنقل، فكيف يصح الرجوع إلى البدل لتصح الإجازة وتخرج به عن اللغوية.

وهذه الموانع كلها مدفوعة:

أمّا الأوّل: فلأنّ المصحح للإجازة ليس إلّا ورود العقد على ملكه، بحيث يكون حال الانتقال منه إلى غيره ملكاً له رعايةً للانتقال منه إليه، فتارة يكون موقع الانتقال

حال العقد كما هو كذلك على الكشف بأقسامه، وأُخرى يكون موقعه حال الإجازة كما هو كذلك على النقل.

نعم بناءً على الانقلاب لابدَّ من أنْ يفرض للمجيز ملك بعد العقد حتّى ينقلب، فيصير للمجاز له، وهذا من لوازم الانقلاب لا من مصححات الإجازة، والمفروض هنا أيضاً تأخر العقد الثاني عن الأوّل، فبالإجازة ينقلب ملك المجيز قبل العقد الثاني فيصير من حين العقد الأوّل ملكاً للمجاز له.

وأمّا الثاني: فبأنّ لازم تأثير العقد الأوّل بالإجازة على نحو الانقلاب صيرورة العين من حين العقد الأوّل ملكاً للمجاز له إلى زمان العقد الثاني، لا فيما بعده أيضاً، ليلزم إبطال العقد الثاني بلا وجه، وأمّا قبل العقد الثاني فلا يلزم اجتماع الملكين لما مرّ[1] مراراً من أنّ الانقلاب خلاف الاجتماع.

وأمّا الثالث: فمدفوع بأنّ لازم الانقلاب ـ عند القائل به ـ أنّ الاتلاف الوارد قبله من مالكه يوجب الرجوع إلى البدل، لأنّ فرض الانقلاب في الملك فرض الانقلاب في لوازمه، فكأنّ الاتلاف بالانقلاب وارد على الملك المنقلب إليه، والعقد الصحيح الذي لا يقبل الإبطال كإتلاف الملك المنقلب إليه من حيث عدم إمكان عود الملك المنقلب إلى إلى مالكه، فيوجب الرجوع إلى البدل، وإنْ كان في التضمين بالإتلاف بسبب الانقلاب إشكال فهو غير مخصوص بالمقام»[2].

أقول: ولكن يرد عليه: أوّلاً: كيف التزم﴿﴾ بأنّ تَصَرُّفَ المالك في ماله بالبيع الأصيل المباشر يعدّ من تلف مال الغير حكماً ويلزمُهُ دفع البدل إلى المشتري من الفضولي؟!

لأنّ المال إن كان ماله ـ كما هو كذلك ـ فتصرّفه فيه يقع بلا إشكال فباع ماله وحين صدور الإجازة منه لم يكن مالكاً للمال حتّى بالإجازة اللولائية فإجازته باطلة وبالتالي

---

(١) حاشية المكاسب ١٤٤/٢، تعليقة ١٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ٢٧٦/٢ و ٢٧٧.

بيع الفضولي محكوم بالبطلان.

وإن لم يكن المال ماله حين عقده الثاني فتصرفه باطل ولم ينتقل المال إلى المشتري منه ويحكم بصحة بيع الفضولي ولم يكن هنا الإتلاف الحكمي ولا الرجوع إلى البدل.

وثانياً: الجمع بين صحة بين المالك نفسه وصحة بيع الفضولي بالإجازة الصادرة من المالك يستلزم اجتماع ملكيتين على مال واحد وهو محال. كما أنّه يستلزم اجتماع مالكين على مال واحد على نحو الاستقلال وهو مستحيل. فلا يمكن الجمع بين الصحتين.

وثالثاً: يمكن حلّ ما ذكره بما مرّ من اعتبار ملكيّة المالك حين الإجازة بالملكيّة اللولائية وحيث باع المالك ماله فحين الإجازة فاقد لهذه الملكيّة اللولائية فإجازته باطلة وبالتالي بيع الفضولي، ولايتحقّق إتلاف مال الغير حتّى نحكم بوجوب إرجاع بدله إلى المشتري من الفضولي.

فلا يتم ما ذكره المحقّق الاصفهاني حول إثبات التفصيل بالكشف الانقلابي.

فظهر ممّا ذكرنا عدم وجود الدليل على المحتمل الثالث ـ وهو صحة بيع الفضولي في المقام ـ مطلقاً ـ أي بلا فرق بين قولي الكشف والنقل ـ لِأَنَّهُ حيث لم يتم التفصيل في المقام فإطلاقه بطريق أُولى.

هذا تمام الكلام في التصرفات الناقلة.

٢ـ القسم الثاني: التصرفات غير الناقلة

التي لا توجب نقل العين وهي على ثلاثة أقسامٍ:

الأوّل: الاستيلاد

إذا استولد المالك جاريته بعد أن باعها الفضولي وصارت أُمَّ وَلَدٍ هل تبطل الإجازة وَتَزُوْلُ قابليتها عن التأثير أم لا؟

الظاهر أنّ الاستيلاد من جانب المالك وبعد بيع الفضولي قبل الإجازة، يُخْرِجُها عن قابلية التأثير فتقع لغواً، لأنّ من شرائط البيع أن لايكون المبيع أمّ ولدٍ، ومن المعلوم أنّ

المبيع لابدّ أن يكون ملكاً طِلْقاً لمالكه حتّى يقدر على بيعه واستند البيع إليه وشملته الإطلاقات لأنّها خطابات للملّاك الذين يقدرون على البيع، وحيث أنّ الأمة مستولدة حين صدور الإجازة فتقع الإجازة لغواً.

اللهم إلّا أن يقال: الممنوع هو إنشا البيع على أُمّ الولد لا إسناد البيع المُنشَأ سابقاً بالإجازة اللاحقة.

ويُجاب عنه: بأنّ المبيع حين الإجازة لابدّ وأن يكون ملكاً طِلْقاً للمالك لو لا الإجازة بتفصيل مرّ.

والمختار هو بطلان الإجازة بعد الاستيلاد وزوال قابليتها به وحيث لم تترتب فائدة في هذا الزمن على هذا البحث لانتفاء موضوعه نكتفي بهذا المقدار والحمد لله ربّ الأرباب.

الثاني: تزويج الأمةِ

إذا زوّج الفضولي أمة المالك من شَخْصٍ ثمّ زوّجها المالك بنفسه من شخص آخر، صار «التزويج الصادر من المالك عقد صدر من أهله ووقع في محلّه وبه تصير الأمة مزوّجة، ومعه لا يبقى مجال للإجازة بوجه لأنّ المزوّجة لا تزوّج والإجازة هي التزويج في الحقيقة»[1].

نعم، التنافي بين اَلْبَيْعِ والتزويج مفقود فإذا «باع الفضولي أَمَة المالك من شخص ثمّ زوّجها المالك من شخص آخر ثمّ أجاز البيع الواقع على الأمة فإنّ كلاً من التزويج والإجازة صحيحان وتنتقل الأمة إلى المشتري مزوّجة»[2].

وللمشتري خيار الفسخ لأنّه اشتراها لاستيفاء منافعها، لا لِـمُجَرَّدِ عِتْقِها فقط، والأمة المزوّجة غير قابلة للاستيفاء بمنافع بُضْعها، فله الخيار في الفسخ إن شاء والإمضاء كذلك.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٦.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٧.

الثالث: الاستيجار

يُسْتَفادُ من كلام الشيخ الأعظم[1] أنّ إجازة المالك توجب تفويت قابلية محلّ الإجازة كالاستيلاد والتزويج، لأنّ ملكية المنافع تابعة لملكيّة الأعيان ومَنْ له ملكية العين له ملكية المنافع أيضاً، وحيث أنّ عقد الإجازة صدر من مالكه وهو أهله ووقع في محلّه فلا يبقى محلّ للإجازة، ولأنّ الفضولي باع العين من المشتري ولكن المالك ملّك منافعها للمستأجر وهذان متنافيان لايمكن اجتماعهما.

ولكن **يرد عليه**: بعدم وجود التنافي بين البيع والإجازة لأنّ مُتَعَلِّقَيْهما مختلفان فالعين تتعلّق بالبيع والمنافع تتعلّق بالإجازة.

نعم، المالك إذا آجر داره ثمّ أجاز بيعها الفضولي، يرجع بيعه إلى بيع عين المسلوبة المنافع إلى مدّة الإجازة ولا تنافي بين البيع هكذا والإجازة.

وللمشتري فسخ بيعه لأنّه اشترى العين لمنافعها ثمّ ظهر أنّها مسلوبة المنافع فله الخيار في الفسخ والإمضاء، هذا كلّه على النقل.

وأمّا على الكشف الحقيقي أو الحكمي بأقسامها فكلاهما صحيحان، والمالك قد فوّت المنافع على المشتري ويضمنّها بأجرة المثل نحو ما إذا أتلفها بسكناها أو إسكان غيره.

نعم، لو كان الصادر من الفضولي أيضاً إجازة فتكون منافية للإجازة الصادرة عن المالك.[2]

٣ـ القسم الثالث: التصرفات غير الناقلة التي تودّي إلى ثبوت حقّ للغير نحو الرهن الصادر من المالك بعد ما عقد الفضولي ثمّ أجاز البيع فيقع الرهن من المالك في وسط بيع الفضولي وإجازته، فهل هذا الرهن ينافي ذلك البيع والإجازة بحيث لا يبقى معه مجال للإجازة المتأخرة أو لا تنافي بينهما وكلاهما ـ البيع والرهن ـ صحيحان؟

---

(١) المكاسب ٣/٤٧٧.

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٧.

هذه المسألة مُبْتَنِيَةٌ على مسألة جواز بيع الرهن وعدمه وفيها احتمالان:

الأوّل: الاعتماد على ما ورد في النبوي الضعيف أنّه قالﷺ: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن.[١]

ولا ريب بأنّ الاجازة والبيع تصرّف من الراهن ـ الذي هو ممنوعٌ من التصرف ـ في الرهن، فتصرفه فيه باطل والرهن يكون موجباً لإلغاء الإجازة المتأخرة.

الثاني: وأمّا إذا طرحنا الرواية النبويّة لضعف سندها وعدم انجباره بعمل الأصحاب فيمكن القول بصحة الرهن والبيع معاً، إذ لا يشترط في الرهن أن يكون من مال الراهن المديون ويجوز أن يكون ملكاً لآخر وقد وضعه عند المرتهن وثيقةً لدينه، فَتَنْتَقِلُ العين إلى المشتري بِوَصْفِ كَوْنِها رهناً.

نعم، للمشتري خيار الفسخ لأنّ انكشاف الرهن في المال نقص فيه وخلاف لمقتضى طلقيته.

ولكنْ هنا احتمال ثالث: ذهب إليه المشهور[٢] من فقهائنا ـ رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ـ من عدم جواز بيع العين المرهونة توسط الراهن إلّا بعد الاستئذان من المرتهن، كما أنّ المرتهن لا يجوز له بيع العين المرهونة إلّا فيما إذا بلغ الأجل وطالب المرتهن من الراهن أداء دينه واستنكف عن الأداء فحينئذ يمكن أن يرفع أمره إلى الحاكم الفقيه وهو وليُّ الممتنع فله أن يجيزه ببيع العين واستيفاء حقّه منها وأداء الباقي منها إلى الراهن.

وبالجملة: لو أجاز المرتهن بيع الراهن صح البيع والرهن معاً وإلّا صح الرهن والبيع يكون باطلاً، لأنّ الإجازة تكون مؤثّرة في بيع الفضولي إذا صدرت من المالك الذي له أن يتصرّف في ماله وبالرهن يكون ممنوعاً من التصرّف فإجازته المتعقبة للرهن لاغية وغير مؤثرة.

---

(١) درر اللآلي ١/٣٦٨ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣/٤٢٦، ح٦.

(٢) كما في العقد النضيد ٣/٥٤٢.

ولهذا القسم من التصرفات فروع أُخَرُ نحو: ثبوت الحقّ للمجني عليه على الجاني، أو ثبوت حقّ الغرماء في مال المُفَلَّس، أو ثبوت حقّ الإرث للزوجة من الأبنية والدور بناءً على ما هو المشهور من عدم توريثها من العقار[١] وغيرها وَتَظْهَرُ أحكامها بالتأمل.

٤ـ القسم الرابع: التصرفات التي لا تنافي المعاملة الفضولية

وقد مثّل لها الشيخ الأعظم[٢] بمثالين هما:

أ: تعريض المبيع للبيع توسط المالك خلال بيع الفضولي وصدور الإجازة من المالك.

ب: البيع الفاسد بأن يبيع المالك العين بالبيع الفاسد في الزمان الوسط بين عقد الفضولي وصدور إجازته.

ثمّ قال: «وهذا أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، وإمّا أن يقع في حال عدم الالتفات»[٣].

ثمّ اختار أنَّ التعريض للبيع أو العقد الفاسد إذا التفت المالك إلى عقد الفضولي يكون مصداقاً للردّ لأنّ معناهما أنّ المالك غير راض بما أصدره الفضولي فيشمله عموم أنّ الإجازة بعد الردّ لغو.

بخلاف ما إذا لم يلتفت المالك إلى عقد الفضولي لأنّه جاهل به أو لم يلتفت إليه فلا تكون تعريضه للبيع أو البيع الفاسد ردّاً لعقد الفضولي ولا يترتب عليهما أحكام الردّ.[٤]

واستدلّ الشيخ الأعظم[٥] على ما أفاده في حال الالتفات من أنّهما يعدان الردّ بأمور:

الأوّل: إنّ هذا التصرف الصادر منه بنفسه يعدّ ردّاً فعليّاً لبيع الفضولي.

---

(١) راجع العقد النضيد ٥٤١/٣.

(٢) المكاسب ٤٧٩/٣.

(٣) المكاسب ٤٧٩/٣.

(٤) المكاسب ٤٨٠/٣.

(٥) المكاسب ٤٧٩/٣.

ويرد عليه: الردّ من الأُمور الإنشائية ومجرد تعريض المتاع للبيع أو العقد الفاسد لا يعدّ ردّاً فعليّاً للعقد الفضولي مادام لم نحرز إنشاء الردّ بالفعل.

الثاني: الاستدلال بالإطلاقات الواردة في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاهُما[١] وما ورد في من زوَّجَتْه أُمّه وهو غائب من قولهعليه السلام: إن شاء قبل وإن شاء ترك.[٢]

ثمّ ناقش الشيخ الأعظم في هذا الاستدلال بقوله: «إلّا أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك فلا تعرّض فيه لكيفيته»[٣].

والمناقشة في محلّها لأنّ ما ورد في النصوص إنّما هو في مقام تجويز الردّ للسيّد والابن وأمّا الردّ يتحقّق بماذا؟ فلا نظر فيها إليه أبداً.

الثالث: قال: «أنّ المانع من صحة الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الرد الفعلي وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد»[٤].

ويرد عليه: بقبول الكبرى الواردة في كلام الشيخ الأعظم بعدم وجود الفرق بين ردّى القولي والفعلي وأمّا أنّهما ـ التعريض للبيع والعقد الفاسد ـ من مصاديق الردّ الفعلي فهو أوّل الكلام، وأشبه شيءٍ بالمصادرة.

الرابع: فحوى الاجماع المدّعىٰ على أنّ الفسخ في العقود الخيارية يحصل بالفعل كالوطء والبيع والعتق.

والوجه في الفحوى والأُولوية: أنّ الفسخ رفع للملكية الثابتة بأسبابها، والردّ دفع عن حصول الملكية بالعقد الفضولي، والرفع أشكل من الدفع، فإذا ثبت أنّ الفعل يوجب الرفع مثلاً فهو يوجب الدفع بطريق أولىٰ.

وردّ السيّد الخوئي عليه: بعدم وجود الأُولوية والفحوى في المقام «لأنّ البيع والعتق إنّما يقتضيان الفسخ في العقد الخياري من أجل أنّ قصدهما حقيقة لا يتحقّق من

---

(١) وسائل الشيعة ٢١/١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٠، ح٣ من الباب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٣) المكاسب ٣/٤٧٩.

(٤) المكاسب ٣/٤٨٠.

غير مالك المال والعبد فإنّ البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهي لاتتحقّق إلّا بخروج المثمن عن ملك مَنْ دخل في ملكه الثمن، كما أنّ العتق فكّ ملكيته وهذا لايتحقّق إلّا بكون المعتَق ـ بالفتح ـ ملكاً له، فالبيع والعتق يدلّان بالدلالة الإلتزامية على أنّه رجع إلى ملكه وفسخ العقد الجائز، إذ لولاه لما يتحقّق منه قصد شيء من البيع والعتق حقيقة، وهذا بخلاف الردّ فإنّ الملك ملكه حينئذ وليس كالفسخ فإنّ الملك فيه للمشتري دون المالك، فتصرّفاته في ملكه لا يحتاج إلى إرجاع الملكية السابقة لأنه ملكه فلا يكون فيها دلالة على ردّ العقد الفضولي، فلا يمكن قياس الردّ بالفسخ.

وأمّا الوطء، فلا دلالة فيه على الفسخ أبداً، إذ لايتوقّف الوطء على الملك كتوقّف قصد البيع والعتق حقيقة عليه بل يتحقّق بدون الملك أيضاً لإمكان الزنا في العالَم، فلعلّه لم يقصد الفسخ بل أراد الزنا، وحمل فعل المسلم على الصحة إنّما يوجب عدم الحكم بزناه، وأمّا أنه يوجب حمله على الفسخ فلا، لأنّه لا يثبت الصحة الواقعية كما لا يخفى. نعم الوطء في العدّة الرجعية بنفسه رجوع وإن قصد به الزنا لأنّها زوجته حقيقة وقصده ذلك ليس بشيء، لأنه نظير قصد الزنا بزوجته.

فالمتحصّل: أنّ البيع الفاسد أو التعريض للبيع لا يكون ردّاً كيف والبيع الصحيح لا يكفي في الردّ، كما أنّهما لايوجبان سقوط المالك عن قابلية الإجازة لعدم المنافاة بينهما وبين الاجازة، وهذا بخلاف البيع الصحيح، لأنّ الصحيح منه مؤثّر في الانتقال فتقع الإجازة لغواً، هذا كلّه في العقود اللازمة.

بقي الكلام في مثل الوصية والوكالة: وأنّه إذا أوصى لزيد بماله أو وكّله في بيع شيء ثمّ باعه بنفسه ببيع فاسد أو عرّضه للبيع فهل هما يوجبان بطلان الوصية والوكالة أو لا؟

قد عرفت ممّا ذكرناه في الفسخ بالبيع والعتق أنّ البيع وَنَحْوَهُ من الأفعال لا يوجب الفسخ والردّ في أمثال المقام ممّا لا يتوقّف قصد البيع فيه حقيقة على إرجاع الملكية السابقة لعدم خروجه عن ملكه حتّى يتوقّف على إرجاعها، فإن كان البيع الواقع على المال صحيحاً فهو مُنافٍ للوصية والوكالة ومُعدم لموضوعهما لا أنّه فسخ، وأمّا إذا كان

فاسداً أو تعريضاً للبيع فهو لا يدلّ على الفسخ كما عرفت ولا ينافيهما لعدم كونه مؤثّراً، فتكون الوصية والوكالة صحيحتين وباقيتين على حالهما ولعلّه ظاهرٌ»[1].

أقول: يُمْكِنُ جَرَيانُ ما ذكره المحقّق السيّد الخوئي في الوطء في البيع أو العتق بأنّ المالك باعه فضولة للمشتري من الفضولي أو أعتق العبد لمشتريه كذلك، أعني البيع والعتق لايلازمان مع الفسخ، فما ذكره السيّد الخوئي في الوطء يجري في البيع والعتق ولكن المهم في المقام هو قيام الإجماع على أنّ الفسخ يحصل بهذه الأمور الثلاثة وغيرها من التصرفات المالكية في العقود الخيارية.

فمعقد الإجماع يكون على تحقّق الفسخ فقط ولايرتبط بالردّ في العقود الفضولية. فما ذكره الشيخ الأعظم لايتم.

وبالجملة: التصرفات التي لاتنافي المعاملة الفضولية لايعدّ ردّاً بلا فرق بين حالتي الالتفات بها وعدمه.

وأمّا العقد الجائزة: فلو صدر من المالك في الوسط بين العقد الفضولي والإجازة عقود جائزة كما لو وهب ماله أو أوصى به ثمّ أجاز العقد الفضولي، الإجازة تامة لأنّ الإجازة الصادرة من المالك تعدّ فسخاً لذلك العقد الجائز وتمّ العقد الفضولي خلافاً لصاحب العقد النضيد[2]ـ مد ظله ـ لأنّه يرى أنّ ملكية المالك قد زالت بالعقد الجائز وحتّى لو عادت ملكيته فإنّها تعدّ ملكية جديدة.

ويرد عليه: **أوّلاً:** في مثل الوصية ملكيته باقية لاأقل في بعض الصور.

وثانياً: لو سلّمنا بأنّ ملكيته بعد الفسخ ملكيّة جديدة، فللمالك الإجازة بلا فرق بين أنْ تكون ملكيته سابقةً أو لاحقة وجديدة.

كما مرّ في البحوث السابقة والحمد لله.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٧١ و ٧٠.

(٢) العقد النضيد ٣/٥٤٦.

وَصْلٌ:

مسائل حول بيع الفضولي

المسألة الاولى: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز

إذا لم يجز المالك فإن كان المبيع في يده فهو وإلّا فللمالك انتزاع ماله ممّن المبيع في يده مع بقاء ٱلْمَبِيْعِ ويرجع بمنافعه المستوفاة عليه، وكذا غير المستوفاة على خلاف في الأخير كما مرّ في الرابع من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد من هذا الكتاب.[١]

ولو تلف المبيع يرجع المالك إلى من تلف عنده بمثله أو قيمته، وفي القيمة إلى قيمة يوم الأداء كما مرّ في بحث ضمان القيمي بالقيمة.[٢]

ولكن الشيخ الأعظم اختار قيمة يوم التلف كما اختاره في بحث ضمان القيمي.[٣]

ورَدِفَهُ بقوله: «أو بأعلى القيم من زمانٍ وقع في يده»[٤]. وقد مرّ[٥] استدلال الشيخ الأعظم لهذا الوجه ونقده منّا[٦] فلا نعيده.

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «ولو كان قبل ذلك [أي التلف] في ضمان آخرٍ وفُرض زيادة اليمة عنده ثمّ نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزياة عليه كما صرّح

---

(١) راجع الآراء الفقهية ٣٩٥/٤ و ٤٠٤.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٥٥٠/٤.

(٣) المكاسب ٢٥١/٣ وما بعدها.

(٤) المكاسب ٤٨٣/٣.

(٥) المكاسب ٢٥٤/٣.

(٦) راجع الآراء الفقهية ٥٤٥/٤.

به جماعة في الأيدي المتعاقبة»[١].

من المصرِّحين هو العلّامة في القواعد حيث يقول: «... ولو زادت في يد الأوّل طولب بالزيادة دون الثاني...»[٢].

وقال في تذكرة الفقهاء: «هذا إذا لم تختلف قيمة العين في يدهما أو كانت في يد الثاني أكثر، ولو كانت في يد الأوّل أكثر لم يكن للمالك مطالبة الثاني بالزيادة، لأنّها تلفت في يد الأوّل قبل الوصول إليه، وإنّما يطالب الأوّل بها لا غير، ويستقرّ ضمانها عليه، فليس له الرجوع على الثاني بها، ولو رجع المالك عليه بالأصل والزيادة، كان له الرجوع على الثاني بالأصل خاصة دون الزيادة»[٣].

ووافقه الشهيد الثاني في المسالك[٤] والمحقّق السبزواري في الكفاية[٥] والسيّد العاملي في مفتاح الكرامة[٦].

هذا القول مبنيٌّ على ضمان الغاصب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما نبّه عليه المحقّق الثاني[٧]، وهو خيرة جماعة من الفقهاء كما مرّ[٨] وأدلته ونقدها أيضاً[٩] فلا نعيد والحمد لله المعيد للنعم بغير استحقاقها.

وأمّا الأوصاف

فهي على قسمين:

---

(١) المكاسب ٤٨٣/٣.

(٢) قواعد الأحكام ٢٢٤/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٧٧/٢، السطر ٣٥ من الطبع الحجري (١٨٥/١٩).

(٤) المسالك ١٥٦/١٢.

(٥) كفاية الأحكام ٦٤٩/٢.

(٦) مفتاح الكرامة ٩٧/١٨.

(٧) جامع المقاصد ٢٢٥/٦.

(٨) راجع الآراء الفقهية ٥١١/٤.

(٩) راجع الآراء الفقهية ٥٤١/٤.

أ: الوصف الذي يوجب الزيادة العينية في المال نحو: سمن النعاج.

ب: الوصف الذي يوجب الزيادة الحكمية في المال نحو: تعلّم العبد الكتابة أو الخياطة اَللَّتَيْنِ توجبان ارتفاع قيمته.

والأوّل حيثيته تقييديّة[١]: أي تبذل بإزاءها المال وتقابل مقدار معين من المال بإزاء ذلك الوصف.

والثاني حيثيته تعليليّة[٢]: أي المال تبذل بإزاء العبد لا الكتابة والخياطة ولكنّهما تستوجبان زيادة القيمة.

والفرق بينهما: إذا كانت العين متصفة بالوصف الأوّل في تعريف البائع لمبيعه ثمّ ظهر بعد فقدانه فإنّ القاعدة تقتضي تخيير المشتري بين الخيار أو أخذ الأرش. وأمّا إذا كانت العين متصفة بالوصف الثاني ثمّ ظهر خلافه فإنّ القاعدة تقتضي ثبوت الخيار فقط لا الأرش.

ثمّ هل يضمن ويغرم المشتري الأوصاف أم لا؟

بناءً على ثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو الأداء، إذا كانت العين في يد البائع متصفة بصفة كالخياطة أو الكتابة أو الطباخة أو السمن فزالت العين عند المشتري فلا ينبغي الإشكال في أنّ المشتري يغرم العين والصفة لأنّه بأخذه العين قد ضمنها بأوصافها.

وأمّا إذا كانت العين باقية ولكن زالت أوصافها عند المشتري فلابدّ من غرم أوصافها الفائتة عند المشتري.

فرعٌ: وإذا حصلت الأُوصاف عند المشتري وزالت عنده أيضاً مع زوال عين المال

---

(١) الحيثية التقييدية: هي إنّ الحيثية أو التحيث على نحو جزء الموضوع نحو الناطق للإنسان، والاختلاف فيها يوجب التكثر في الموضوع.

(٢) الحيثية التعليلية: إذا كان التحيث خارجاً عن ذات الموضوع نحو كون الشيء علّة أو معلولاً، لأنّهما يكون خارجاً عن الذات وإن كان التحيث والتقيّد به داخلاً بشرط اتخاذهما على نحو التقيّد لا القيد. والاختلاف فيها لايوجب التكثر في الموضوع.

أو بقاءها فهل يغرم المشتري للمالك العين مع الأوصاف في الأوّل والأوصاف فقط في الثاني ـ أي في فرض بقاء العين ـ؟

نعم، يغرم المشتري في الفرضين للمالك، لأنّه بأخذه العين قد ضمن للمالك ثمنها واوصافها.

فرعٌ آخر: ثمّ هل البائع الفضولي يغرم هذه الاوصاف المتجددة الحادثة عند المشتري والتالفة عنده أيضاً أم لا؟

ذهب المحقّق السيّد الخوئي(١) إلى عدم غرم البائع الفضولي تلك الاوصاف المتجدة والتالفة عند المشتري لأنّ العين التي كانت تحت يد البائع الفضولي لم تكن فيها هذه الاوصاف فلم يضمنها البائع الفضولي.

ولكن المحقّق النائيني(٢) يرىٰ غرمه قياساً بالمنافع بناءً على ثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو الأداء.

وقد يقال في الفرق بينهما: بأنّ المنافع تابعة للعين في الضمان بخلاف الأوصاف.

ولذا قال المحقّق السيّد الخوئي: «ثمّ إذا قلنا بالضمان بأعلى القيم فيكون مبدأ أخذ ذلك بالنسبة إلى كل ضامنٍ زمان دخول العين تحت ضمانه، فيكون البائع الأوّل ضامناً من أوّل وضع يده عليها إلى زمان دفع القيمة حتّى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدى المتأخرة، وهكذا كل شخص يضمن ذلك من زمان وضع اليد إلى زمان دفع القيمة، والوجه في ذلك أنّ بمجرد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه إلى أن يؤديها إلى مالكها وهذا المعنىٰ مستمر إلى زمان الدفع ومنحلّ إلى ضمانات عديدة فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلك الضمانات، وأمّا الأشخاص المتأخرة لايضمنون على الأعلى القيم قبل الأخذ، فلو كانت العين في يد البائع الأوّل يحاذى بخمسة وباعها من المشتري وصارت عنده يحاذي بعشرين ثمّ نزلت قيمتها إلى أربعة وباعها من الآخر كذلك، وترقي قيمتها

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٧٣/٢، محاضرات في الفقه الجعفري ٤٦٧/٢.

(٢) منية الطالب ١٦٠/٢.

عنده إلى خمسين ثمّ نزلت إلى عشرة فباعها كذلك إلى الآخر، فهذا الشخص الأخير لا يضمن إلّا على العشرة لأنّه لم يأخذ زائداً عن ذلك ولم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامناً عليه بمقتضى اليد أو السيرة وأمّا السابقين عليه كلّهم يضمنونون بخمسين فإنّها في عهدتهم من زمان وضع اليد إلى حين الخروج من العهدة، ولو كان عند الأوّل بخمسين وعند الثاني بعشرين وعند الثالث بعشرة وعند الرابع بخمسة فلا يضمن بالخمسين إلّا الأوّل والأخير بالخمسة والثاني بالعشرين والثالث بعشرة لعين ما عرفت»[1].

ثمّ قال: «... ولكن الظاهر أنّ السابق لايضمن الصفات الحاصلة في اليد التالية وإنّما الضامن لها ليس إلّا من حدثت الصفات تحت يدها وذلك فإنّ مقتضى اليد أو السيرة ليس إلّا ضمان البائع الأوّل سواء كان غاصباً أو لا بالعين مع الحيثيات القائمة فيها، فهذه الحيثية بالنسبة إلى المنافع موجوداً في العين فإنها متصفة بالفعل بحيثية الانتفاع بها وقابلية استيفاء المنافع منها بالفعل وهذا بخلاف الأوصاف فإنّ العين وإن كانت لها قابلية السمن وقابلية تعلّم الأوصاف الكمالية ولكن حيثياتها الفعلية بحيث لو أراد أن ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لا يمكن [لأنّها] غير موجودة فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد إلّا لِمَنْ تكون حدوثها عنده فقط دون السابق عليه ودون اللاحق به كما هو واضح»[2].

واعترض عليه الاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ بأنّ التفصيل بين المنافع والأوصاف بأنّ الأوّل مضمون على اليد السابقة برغم عجزها عن التصرف والانتفاع لأنّها في تحت تصرف المشتري الآخر، والثاني غير مضمون لأنّ اليد السابقة لا تتمكن من الانتفاع بها لأنّها غير موجودة عندها، غيرُ وجيهٍ لأنّ في كلا الموردين اليد السابقة غير متمكن من التصرف والانتفاع فلابدّ من القول بالضمان فيهما أو عدمه فيهما والتفصيل غير تام، وحيث ذهب المحقّق الخوئي ﷺ إلى الضمان في المنافع فلابدّ له من القول بالضمان في

(١) مصباح الفقاهة ٤/٣٣٧ و ٣٣٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٤/٣٣٩.

الأوصاف من باب قياس المساواة أو الفحوى أو الأولوية القطعية.[١]

أقول: قياس المساواة أو الفحوى أو الأولوية القطعية بين المنافع والأوصاف ممنوعة لأنّ اليد على العين يدٌ على منافعها بلا فرق بين المستوفاة منها أو غيرها عرفاً ولكن اليد على العين ليست يداً على الأوصاف التي لم تحدث إلى الآن وحدثت فيما بعد عرفاً وهذا المقدار من الفرق يكفي في صحة تفصيل المحقّق الخوئي‌ﷺ والذي يسهل الخطب عدم تمامية القول بثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو حين الأداء كما مرّ في بحث القيميات[٢]، ونحن نقول بثبوت قيمة يوم الأداء وذمة الضامن مَشْغُوْلَةٌ بالعين التي أخذها من المالك فإذا سمنت عنده أو تعلّمت شيئاً وبقي اَلْوَصْفان والمشتري ضامن للوَصْفَيْن. أمّا إذا زال اَلْوَصْفانِ فليس على المشتري ضمان بالنسبة إلى الوصف الزائل لأنّ العين حين وقعت تحت يده كانت فاقدة للوصف هذا إذا كانت العين موجودة، وأمّا إذا كانت تالفة فليس عليه إلّا قيمة العين التي وقعت تحت يده في اليوم الأوّل ولكن بقيمة يوم الأداء لا قيمة يوم القبض ولا أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو يوم الأداء، والحمد لله الذي له البقاء.

---

(١) راجع العقد النضيد ٥٥٧/٣.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٥٠٩/٤ وما بعدها.

المسألة الثانية: حكم المشتري مع البائع الفضولي

وفيها مقامان من البحث:

أحدهما: ما إذا كان المشتري جاهلاً بالفضولية أو الغصبية أَوْناسِياً لهما أو مُشْتَبِهاً بينهما وبين غيرهما.

ثانيهما: ما إذا كان المشتري عالماً بالفضولية أو الغصبية أو نحوهما.

وأمّا المقام الأوّل:

فقال الشيخ الأعظم: «أنّه [المشتري] يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً سواء كان باقيّاً أو تالفاً...»[1].

ففي هذا المقام لا إشكال في أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضولي بعين ماله إذا كانت موجودة وبقيمتها أو مثلها إذا كانت تالفة لعموم قولهﷺ: على اليد ما أخذت حتّى تؤدي.[2]

ولأنّ يد البائع عليها عدوانية فللمشتري أن يطالبه بردّها أو مثلها أو قيمتها بمقتضىٰ عموم قاعدة الناس مسلطون على أموالهم.

إن قلت[3]: كيف يرجع المشتري إلى البائع الفضولي مع اعتراضه بأنّ المال ملك البائع واشترىٰ منه العين حسب الفرض.

---

(١) المكاسب ٣/٤٨٤.

(٢) مستدرك الوسائل ١٤/٨، ح١٢، الباب ١ من أبواب كتاب الوديعة.

(٣) ذكره الشيخ الأعظم بقوله: «لا يقدح في ذلك اعتراضه بكون البائع مالكاً...». المكاسب ٣/٤٨٤.

قلت: هذا الاعتراف يأتي على صور:

الصورة الاولى: أن يكون هذا الاعتراف مستنداً إلى قاعدة اليد والمشتري بمقتضىٰ قاعدة اليد بنىٰ علىٰ أنّ البائع مالك للعين ولذا اشتراها منه وفي هذه الصورة يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع وأخذ الثمن منه، لأنّ البينة التي أقامها المالك على أنّ المال ليس ملكاً للبائع توجب سقوط قاعدة اليد لأنّ البينة حاكمة على قاعدة اليد وتوجب زوال موضوعها لأنّ الشك مأخوذ في موضوع قاعدة اليد والبينة تزيل الشك تعبداً فلا يبقى لها موضوع بعد البينة، فله أن يَرْجِعَ إلى البائع وَيَأْخُذَ الثمن منه.

هذا كلّه في الصورة الاولى.

وأمّا الصورة الثانية: فالاعتراف مستند إلى العلم بمالكية البائع خارجاً بحيث يرى البينة التي أقامها المالك كاذبة ويدّعي استحقاق البائع للعين ثمّ الثمن، فلا إشكال في أنّ المشتري مأخوذ على مقتضى علمه ولا عبرة بالبينة والطريق مع فرض وجود العلم والقطع فلا يجوز للمشتري مطالبة البائع بالثمن لأنّه يراه مالكاً للعين ومُسْتَحِقّاً لما أخذه من الثمن.

وأمّا الصورة الثالثة: فهي صورة الجهل بالمستند بحيث لا يُعْلَم بأنّ مستند اعترافه هو قاعدة اليد أو العلم فهل تلحق بالصورة الاولى من جواز الرجوع إلى البائع أو بالصورة الثانية من عدمه؟

قال الشيخ الأعظم في هذه الصورة: «... ولو لم يُعْلَمْ استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الاقرار» من دلالته على الواقع وجهان»[1].

ولم يرجّح أحد الوجهين على الآخر، لأنّ المتعارف في المعاملات بناءها على قاعدة اليد كما ورد في معتبرة حفص بن غياث: لو لم يجز هذا لم يتم للمسلمين سوق.[2]

---

(١) المكاسب ٣/٤٨٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧/٢٩٢، ح٢، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم.

فهم يَرَوْنَ ذا اليد مالكاً وَيُعامِلُوْنَهُ معاملة المالك.

وكذلك الثابت من السيرة العملية العقلائية إنّهم يعتبرون المتاع ملكاً لبائعه لأنّ ظهور الحال بل المقال مَنْ يتصدّى لبيع المتاع أنّه مالك له ومن يشتري منه يعلم ويقرّ بملكيته فلذا ورد في الشراء منه فهذا الاقرار مستند إلى العلم والواقع لا على قاعدة اليد.

وعند تعارض المستندان ـ أي قاعدة اليد والعلم ـ إمّا أن يكون الدليلان قاصِرَيْنِ في مرتبة الاقتضاء حتّى يشمل فرض التعارض، وإمّا بعد فرض الشمول يتعارضان ويتساقطان فلا يبقى مستند في المقام ولذا الشيخ الأعظم يتردّد فيه ولم يرجّح أحدهما على الآخر.

مقالة المحقّق الأصفهاني ونقده:

قال: «الكلام تارة في مقام الواقع وجواز الرجوع على البائع، وأُخرى في مقام الرجوع عليه بالترافع عند الحاكم.

أمّا الأوّل: فإمّا أنْ ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنّه فضول، وإمّا أنْ يكون عالماً بأنّه مالك، فلا إشكال في جواز الرجوع في الأوّل، وعدمه في الثاني واقعاً.[١]

وإمّا أنْ لا ينكشف عنده كذبه وصدقه فله ـ بعد قيام البينة بحسب ظاهر الشرع[٢] ـ الرجوع إلى البائع واقعاً[٣]، لأنّ البيع باطل بحكم الشارع الذي لم يتبين خلافه، فالثمن

---

(١) لأنّه بعد وقوع العقد صحيحاً لا يحق له الرجوع إلى البائع الفضولي واسترجاع ثمنه.

(٢) لأنّ البينة لاتكشف عن الواقع وإنّما هي مجرد أمارة ويحتمل مخالفتها للواقع لكنّها حجة ويحق له الرجوع إلى البائع بمقتضاها.

(٣) قال في العقد النضيد ٥٦٣/٣: «مراده من «واقعاً» هو الواقع في مقابل حكم القاضي ويقصد به الواقع في مقابل الترافع الشرعي أمام الحكم، أي يحقّ للمشتري الرجوع في هذه الصورة إلى البائع واسترجاع الثمن مع غمض العين عن حكم القاضي ...».

أقول: يردّه ما ورد في ذيل كلام المحقّق الأصفهاني: «هذا إن كان بطلان المعاملة شرعاً مستنداً إلى قيام البينة عند الحاكم ببطلان البيع». فالمراد من الواقع ليس ما ذكره الاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ ولا يمكن القول بأنّ مستند الحكم يكون ظاهريّاً وأمّا الحكم الذي يتولّد منه حكماً واقعياً وسبحان من لا يسهو.

باقٍ على ملك المشتري شرعاً، والناس مسلطون على أموالهم، هذا إنْ كان بطلان المعاملة شرعاً مستنداً إلى قيام البينة عند الحكم ببطلان البيع.

وإنْ كان لأجل اليمين المردودة من البائع على المدعي، فغاية ما يستدعي اليمين المردودة كونها ميزاناً لفصل الخصومة باخذ المبيع وإعطائه للمدعي، لا أنّها طريق شرعي إلى كونه ملكاً للمدعي بحكم الحاكم، ولا مزيل فعلاً للملكية، بل المال باقٍ على ملك مالكه وإنْ لم يجز له التصرف فيه ظاهراً أو باطناً أيضاً، ولذا لو ندم الحالف كذباً وأراد إرجاع المال إلى صاحبه لا حاجة فيه إلى تمليكه إيّاه.

وأمّا كون اليمين المردودة بمنزلة البينة من الحالف، لأنه مدعٍ وظيفته إقامة البينة، أو بمنزلة الإقرار من الرادّ، لأنه كالاعتراف بأنّ القول ما يقوله المدعي بحلفه، فإنّما هو بلحاظ بعض الآثار لا أنّها طريق حقيقة إلى ملكية العين للحالف.

وأمّا الثاني: وهو الرجوع بالترافع عند الحاكم، فلا مانع من رجوعه إلّا إقراره بشرائه منه صحيحاً، فيكون اعترافاً بمالكيته، وأنّ المدعي كاذب، فإنْ علم باستناده إلى يده فقد ظهر خلافه بأمارة أقوى منها فلا إقرار منه.

وإنْ علم عدم استناده إليه بأنْ أصرَّ على كونه مالكاً ـ حتّى بعد قيام البينة ـ فإقراره مانع عن رجوعه عند الحاكم، فإنّ مقتضاه صحة البيع بنظره، وأنّ المدعي كاذب وهو بالتصرف فيما أخذه غاصب.

وإنْ لم يعلم استناده في اعترافه إلى اليد، فظاهر حال المتعاملين الاستناد في الاقدام على الشراء إلى اليد، وظاهر قوله «أنّه مالك، وأنّي قد إشتريته منه» ـ لمكان كشف اللفظ عن الواقع ـ هو الاستناد إلى غير اليد التي هي إمارة على الملك، وحيث إنّ ظاهر اللفظ حجة دون ظاهر الحال، فيحمل إقراره على استناده فيه إلى غير اليد، فيمنع عن رجوعه إلى المشتري عند الحاكم»[1].

أقول: يمكن أن يناقش عليه:

---

(١) حاشية المكاسب ٢/٢٨٧ و ٢٨٨.

أوّلاً: بما مرّ من عدم إمكان الجمع بين قوله: «... فله ـ بعد قيام البينة بحسب ظاهر الشرع الرجوع إلى البائع واقعاً». والحكم الظاهري لا يولد إلّا حكماً ظاهرياً لا حكماً واقعياً.

ثانياً: عدّ اليمين المردودة فصلاً للخصومة فقط، «لا انّها طريق شرعي إلى كونه ملكاً للمدعي بحكم الحاكم ولا مزيل فعلاً للملكية بل المال باق على ملك مالكه...».

ولكن يرد عليه: بعدم الفرق بين اليمين المردودة واليمين المنكر والبينة من عدم اثبات الواقع بهنّ، فكلهنَّ من هذه الجهة على حدّ سواء ولكن يجوز للغير التعامل معهنّ وشراء هذا المال من صاحبهنَّ أو توريث المال لوارثه، لأنّ التعامل يتوقف على الملكية ـ ولو ظاهراً ـ وكذلك التوريث.

والشاهد لما ذكرنا ما ورد في صَحِيْحَةِ ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من حلف لكم بالله على حق فصدّقوه، الحديث.[1]

ووجوب التصديق يستلزم أن تكون اليمين من ٱلْأَماراتِ التي تكشف عن الحقّ كالبينة، فلا فرق بينهما. وتفصيل المُحَقّقِ الأصفهاني في غير محلّه.

ثالثاً: ما ورد في مقالته بـ«انّ ظاهر اللفظ حجة دون ظاهر الحال» لا يتم، لأنّ ظاهر الحال كظاهر اللفظ يعدّان من الظنون الخاصة وكلاهما حجتان ولو لم يكن ظاهر الحال حجة فكيف تَصِحُّ حجية الإطلاق المقامي والحالي.

ونعلم بأنّ «مستند حجيتهما السيرة العقلائية القائمة على اعتبار ظاهر الحال وحجيته في موارد عديدة:

منها: في تمييز المدّعي عن المنكر في باب القضاء، وتقديم قول المنكر لظاهر حاله حيث فسر أصحابنا[2] المدّعي بمَنْ يكون قوله مخالفاً للظاهر والمنكر من وافق قوله الظاهر ولو لا حجية ظاهر الحال لما كان مقدّماً.

---

(١) وسائل الشيعة ٢٤٥/٢٧، ح٢، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم.

(٢) على قولٍ.

ومنها: الحكم[١] بمقتضىٰ ظاهر الحال عند اختلاف الزوجين في الأمتعة حيث حكم الإمام[٢]عليه السلام بملكية الزوجة لها متعمداً في ذلك على ظاهر الحال وأنّ العروس تأتى عادة بجهازها معها...»[٣].[٤]

(١) راجع الاستبصار ٤٧/٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١٣/٢٦، ح١، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج وفيها: «... أنّ الجهاز والمتاع يُهدىٰ علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهي التي جاءت به، وهذا المدّعي فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البينة».

(٣) العقد النضيد ٥٦٩/٣.

(٤) قال الشهيد في الدروس ١١٠/٢ و ١١١: «لو تداعي الزوجان متاع البيت ففي صحيحة رفاعة [وسائل الشيعة ٢١٦/٢٦، ح٤] عن الصادقعليه السلام: «له ماللرجال، ولها ما للنساء ويقسّم بينهما ما يصلح لهما» وعليها الشيخ في الخلاف [٣٥٢/٦، مسألة ٢٧]. وفي صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج [الكافي ٦٥١/١٣، ح١ (١٣٠/٧)؛ التهذيب ٢٩٧/٦، ح٨٣١، وفيه ٣٠١/٩، ح١٠٧٨ بسنده عن ابن أبيعمير] عنهعليه السلام: «هو للمرأة»، وعليها في الاستبصار [٤٧/٣]. ويمكن حملها على ما يصلح للنساء توفيقاً. وفي المبسوط [٣١٠/٨] يقسّم بينهما على الاطلاق، سواء كانت الدار لهما أو لا، وسواء كانت الزوجة باقية أو لا، وسواء كانت بينهما أو بين الورّاث، والعمل على الأوّل».

فما ذكره الاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ يتم على أحد الأقوال وإحدىٰ الروايتين، راجع الجواهر ٤٠/(٤٩٤-٤٩٦).

أقول: في هذه المسألة ـ تداعي الزَّوْجَيْنِ أو ورثتهما متاع البيت ـ لو كان في البين ظاهر حال جهاز المرأة يحكم بأنّ المتاع لها إلّا مختصات الرجل أخذاً بصحيحة ابن الحجاج [وسائل الشيعة ٢١٣/٢٦، ح١] ولو لم تكن هذه السيرة وظاهر الحال ما كان من متاع المرأة فلها وما كان من متاع الرجل فله وقسّم مابقي بينهما، أخذاً بصحيحة رفاعة [وسائل الشيعة ٢١٦/٢٦، ح٤] ومن استولى على شيءٍ من المتاع فهو له أخذاً بصحيحة يونس بن يعقوب [وسائل الشيعة ٢١٦/٢٦، ح٣] وبهذا البيان نجمع الروايات المتعارضة الواردة في المقام والحمد لله رب العالمين.

والحاصل: ما ذكره المحقّق الأصفهاني من عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي في الصورة الثالثة محل تأمل بل منع.

مقالة المحقّق السيّد الخوئي ونقده:

قال ﷺ: «... الظاهر إلحاقه [أي الصورة الثالثة] بالقسم الأوّل وسقوطه بالبينة وذلك لأنّ مقتضىٰ عموم على اليد أو قاعدته ثبوت الضمان إلّا فيما إذا علم المالك بعدم الضمان وأنّ المال له، وفي المقام اعترافه به مشكوك فلا يمكن رفع اليد فيه عما اقتضاه القاعدة.

وبعبارة أُخرى: دليل البينة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف وجواز الرجوع إلى البائع إلّا فيما إذا ثبت كون اعترافه عن علم وغير مستند إلى اليد»[١].

وقال: «والدليل على ذلك أنّ الحجج الشرعية لا موجب لرفع اليد عنها إلّا بحجة أُخرىٰ فالبينة القائمة على أنّ المبيع للمدعي دون البائع من الحجج الشرعية وإنّما نرفع اليد عنها هنا بواسطة اقرار المشتري على أنّ المال للبائع مستنداً في إقراره هذا إلى العلم، فإنّه يؤخذ بإقرار كما عرفت، فلا يثبت له الرجوع إلى البائع بمقتضىٰ البينة القائمة على أنّ المال للمالك دون البائع لكون إقراره هذا حجة وأمّا في ما لم يثبت ذلك الإقرار ولا علم لنا في كونه مستنداً إلى العلم الوجداني ليكون إقراره قابلاً لأخذ مقرّه به، بل يمكن مستنداً إلى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البينة، وإلّا يلزم رفع اليد عن الحجة بغيرها، ويكفينا الشك في ذلك أيضاً لأنّه لا يمكن رفع اليد عن الحجة بأمر يحتمل كونه حجة قائمة على خلافها»[٢].

أقول: ويرد عليه: **أوّلاً**: عند تعارض الأدلة متى كان اقتضاء الحجية في أحد الطرفين [الأوّل] تامّاً واقتضاء المانعية في الثاني مفقوداً، بناءً على قاعدة لزوم رفع اليد عن اللاحجة بالحجة يلزم الأخذ بالحجة [الأوّل] ورفع اليد عن اللاحجة، وأمّا مع تبدّل النسبة بمعنىٰ عدم تمامية اقتضاء الحجية في الأوّل وقيام ما يحتمل المانعية في الثاني فلا

---

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٦٨/٢، ونحوها في التنقيح في شرح المكاسب ٧٥/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٣٤١/٤.

مجال لتقديم الأوّل أخذاً بالقاعدة، بل القاعدة تقتضى عكس ذلك ـ أي رفع اليد عن الأوّل والأخذ بالثاني ـ لعدم وجود المقتضي في الأوّل. وما نحن فيه من قبيل تبديل النسبة لا من قبيل المورد الأوّل الذي ذكره السيّد الخوئي، هذا بالنسبة إلى الكبرى المذكورة في كلامه.

وثانياً: على ما ذكرنا من تبديل النسبة بعد ما أقام المالك البينة على ملكية العين، لا ندري بأنّ المشتري في بيعها يستند إلى قاعدة اليد حتّى تحكمها البينةُ أو إلى العلم حتّى لا تجرى في حقّه البينة، فحينئذ لايمكن الأخذ بالبيّنة لأنّها تفقد حجيتها عند معارضتها مع العلم ويجري في حقّها ما ذكرته من تبديل النسبة بعد مجيئ هذا الاحتمال.

وثالثاً: حُجِّيَةُ البينة في الفرض مَنُوْطَةٌ بانحلال العلم الإجمالي بين المستندين ـ قاعدة اليد أو العلم ـ ولا دليل على الانحلال في كلامه إلّا البينة، فكلامه يرجع إلى الدور المصرح الباطل.[١]

ورابعاً: الظاهر أنّ الأمر على عكس ما ذكره هذا المحقّق ـ كما مرّ ـ لأنّ «ظهور الاعتراف هو الأخبار عن الواقع ومقتضىٰ دليل نفوذ الإقرار على المقر حتّى مع البينة هو طرح البينة في دلالتها الالتزامية، لأنّه لا اعتبار للبينة مع الاعتراف كما هو المقرر في باب القضاء»[٢]. فما ذكره ﷺ من أنّ «دليل البينة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف»[٣] غير تام.

وخامساً: حكم الحاكم بأنّ العين للمالك لايلزم أن يكون في جميع الموارد بالبينة، بل يمكن أن يكون باليمين المردودة من البائع «ومعه لا يكون في البين تلك الدلالة الالتزامية»[٤].

---

(١) الإشكالات الثّلاثة للأُستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ في العقد النضيد ٥٦١/٣ و ٥٦٢.

(٢) إرشاد الطالب ١٠٠/٤.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٦٨/٢.

(٤) إرشاد الطالب ١٠٠/٤.

المختار في حكم الصورة الثالثة

إنّ هاهنا فَرْضَيْن:

الأوّل: إذا أقام المالك البينة عند المشتري بأنّه هو المالك، لا البائع وأخذ العين منه هل يجوز له أن يرجع إلى البائع لأخذ ثمنه منه؟ الظاهر عدم الجواز مادام المشتري متردداً بين أنّ مستند شرائه قاعدة اليد أو العلم بملكية البائع، لأنّ وجود هذا العلم الاجمالي يمنع عن العمل بالبينة، ولكن إذا انحلّ هذا العلم إلى أحد طرفيه بالتأمل يلحق به حكم هـذا الطرف بالإلحاقه إلى الصورة الأُولى أو الثانية.

الثاني: إذا ترافع المالك والمشتري عند الحاكم الشرع وأقام المالك البينة وحكم الحاكم بها بأنّه هو المالك فهل يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع وأخذ الثمن منه؟ الظاهر هو عدم الجواز مادام علمه الإجمالي بين قاعدة اليد أو العلم باق. وكذلك لو حكم بمالكية المالك باليمين المردودة بلا فرق.

اللهم إلّا أن يقال: بأنّ المشتري أعطى البائع الثمن في معاوضة معاملية وإذا انتفت هذه المعاملة وأُخِذَ العين منه فهو يرجع إلى البائع ويأخذ ثمنه منه لعدم وجود المثمن في هذه المعاملة فتكون باطلة ويجوز للمشتري أخذ ثمنه من البائع بلا فرق بين مستند شرائه وبين إقامة البينة عند المشتري أو عند الحاكم والله العالم.

أمّا المقام الثاني: إذا كان المشتري عالماً بالفضولية والثمن باقياً

ففيه جهات من البحث:

الجهة الاولى: هل البائع يملك الثمن بتسليط المشتري أو أنّه لا يدخل في ملكه؟

قال الشيخ الأعظم: «فإن كان الثمن باقياً استردّه وفاقاً [للمحقّق[1] و] العلّامة[2]

(١) الرسائل التسع ٣٠٧، زيادة منّا.

(٢) قواعد الأحكام ١٩/٢، تذكرة الفقهاء ١٨/١٠، مختلف الشيعة ٥٦/٥.

وولده[١] والشهيدين[٢] والمحقّق الثاني[٣] [والأردبيلي[٤] والسبزواري[٥]] ﷺ إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً...»[٦].

ثمّ ذهب إلى عدم تمليك البائع الثمن بتسليط المشتري بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: التسليط ليس من أحد المملّكات ولم يحصل هناك سبب آخر للتمليك فلا موجب لصيرورة الثمن ملكاً للبائع.

وهذ الوجه تام لأنّ التسليط يعدّ من موارد أكل المال بالسبب الباطل.

الوجه الثاني: لو كان التسليط مملّكاً لكان كذلك في جميع البيوع الفاسدة مع أنّ التسليط فيها لم يلتزم أحد بكونه موجباً للتمليك.

واعترض عليه المحقّق الأصفهاني بقوله: «أنّ التسليط في غير ما نحن فيه بعنوان الوفاء بالمعاملة وحيث لا ملك من قبل المعاملة لفرض فسادها كان التسليط بعدها لغواً، بخلاف التسليط هنا فإنّه بعنوان الوفاء، فإنّ مقتضى الوفاء بالمعاملة مع المالك تسليط المالك لا غيره...»[٧].

ووافقه السيّد الخوئي وقال: «إنّ قياس التسليط في المقام على التسليط في البيوع الفاسدة قياس مع الفارق، فإنّ التسليط في المقام مع العلم بأنّ الآخذ غاصب وغير مستحق للمال تسليط من دون التضمين وأمّا في البيوع الفاسدة فالإعطاء للمال من جهة أنّه عوض للمبيع فيكون تسليطاً مع الضمان.

---

(١) إيضاح الفوائد ٤١٨/١ و ٤٢١.

(٢) الدروس ١٩٣/٣؛ اللمعة الدمشقية /١١٠؛ والمسالك ١٦٠/٣ و١٦١ و٢٢٤/١٢؛ الروضة البهية ٢٣٤/٣.

(٣) جامع المقاصد ٧٧/٤.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٦٥/٨، زيادة منّا.

(٥) كفاية الأحكام ٤٥٠/١، زيادة منّا.

(٦) المكاسب ٤٨٤/٣.

(٧) حاشية المكاسب ٢٨٨/٢.

وبعبارة أُخرى: البيع الغرري أو الربوي سبب للملكية عند العرف وإنّما حكمنا بفسادهما لأجل المنع عنهما شرعاً وأمّا في المقام [فهو] تسليط مجانيٌ وليس موجباً للملكية عند العرف أيضاً وكم فرق بينهما كما هو ظاهر، وقد أشار إلى ذلك هو‪ بعد أسطر فراجع»[1].

أقول: مراده هذا البيان من الشيخ الأعظم‪: «بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره فلم يُضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجارة بلاأُجرة التي قد حكم الشهيد[2] وغير واحد[3] بعدم الضمان فيها»[4].

ولكن قياس الشيخ الأعظم تام لأنّ التسليط هنا أيضاً في مقابل العين التي اشتراها من الفضولي فالمعاوضة موجودة والتسليط ليس بمجاني، فلو كان التسليط مملِّكاً لكان في جميع البيوع الفاسدة وهو مردودٌ.

الوجه الثالث: التسليط لو كان مملِّكاً للبائع الفضولي لكانت المعاملة الفضولية باطلة لأنّ تملك البائع الثمن يقتضي فوات محلّ إجازة المالك لعدم وجود الثمن في معاملة المالك حينئذ ويكون بيعه بلا ثمن ثمّ أمر الشيخ الأعظم بالتأمل.[5]

ويرد عليه: لا يتم هذا الوجه لأنّ بناءً على الكشف، تسليط المشتري البائع يكون تسليطاً على مال الغير لأنّ بالعقد ينتقل الثمن إلى المالك بعد صدور إجازته فلا ينتقل إلى البائع أصلاً.

وأمّا على القول بالنقل أيضاً فَإنَّ التسليط لم يكن مجانياً لأنّ المعاوضة والمبادلة في صورة صدور الإجازة من المالك موجودة بين المالين، وفي فرض عدم صدورها من

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٧٦/٢.

(٢) نقل السيّد العاملي البيع بلا ثمن عنه في مفتاح الكرامة ٤٤٠/٤ (من الطبعة للاولى ٦٧٤/١٣).

(٣) جامع المقاصد ١٢٠/٧، مسالك الأفهام ١٨٤/٥.

(٤) المكاسب ٤٨٦/٣.

(٥) المكاسب ٤٨٥/٣.

المالك أيضاً قد مرّ في الوجه الأوّل بأنّ التسليط لم يكن مملّكاً للبائع ولعلّ الشيخ الأعظم نَظَرَ إلى هذا البيان في أمره بالتأمل في ختام هذا الوجه.

الوجه الرابع: الذي ذكره المحقّق النائيني‏ﷺ ويراه صحيحاً دون الثلاثة المذكورة في كلام الشيخ الأعظم‏ﷺ وهو: لو فُرض أنّ التسليط في المقام يوجب التمليك للبائع وأنّه كالهبة مثلاً إلّا أنّه لاينبغي الإشكال في أنّه ملك جائز ولا يزيد على الهبة الجائزة بوجه ولا مانع فيها من الرجوع واسترداد العين أبداً، فللمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لأنّه كالهبة الجائزة بالتسليط.[1]

ويرد عليه: هذا البيان منه‏ﷺ إنّما يتم في فرض عدم كون الهبة لِذِيْ رحم أو مُعَوّضة أو لم يتصرف الموهوب له أيّ تصرف في العين كالخياطة والبيع أو غيرهما من أنحاء التصرف وإلّا فالهبة تصير لازمة ولا يمكن للواهب الرجوع في هبته مع أنّ البحث هنا في رجوع المشتري إلى البائع مطلقاً تصرّف في الثمن أم لا؟ كان المشتري ذا رحم أم لا؟ فهذا الوجه أخص من المدعىٰ ولا يتم.

والحاصل: إذا كان الثمن باقياً فللمشتري العالم بالفضولية جواز استرجاعه لأنّه دفعه إلى البائع في قبال العين والمثمن لا مجاناً فمع عدم صدور إجازة المالك يسترجع ثمنه بقاعدتي على اليد والسلطنة.

الجهة الثانية: هل يجوز أن يتصرف البائع في الثمن؟

يظهر حكم تصرفه ممّا مرّ في الجهة الأُولىٰ، إذ بعد ما لم يتحقّق سبب شرعي لانتقال الثمن إلى البائع فلا وجه لتصرفه فيه، وتصرفاته تعدّ عدوانية ومحكومة بالحرمة تكليفاً والبطلان وضعاً.

الجهة الثالثة: إذا تلف الثمن الذي أخذه البائع فهل يكونُ ضامناً له للمشتري؟

في فرض علم المشتري بالفضولية أو الغصبية وتلف الثمن عند البائع فهل البائع ضامِنٌ للمشتري بثمنه أم لا؟

---

(١) منية الطالب ٢/١٦٢.

ذهب المشهور إلى عدم ضمان البائع ـ كما مرّ مصادره في الجهة الأُولىٰ من البحث ـ بل ادعى عليه الإجماع[١] وتبعهم الشيخ الأعظم والمحقّقان النائيني[٢] والأصفهاني[٣].

واستدلّ الشيخ الأعظم[٤] على عدم الضمان بأنّ الدليل على الضمان أمران:

الأوّل: قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدي المرتكزة عند العقلاء حيث إنّهم يرون أخذ مال الغير وإثبات اليد عليه موجباً لضمانه.

الثاني: قاعدة الإقدام على الضمان ـ كما ذكره الشيخ[٥] والشهيد الثاني[٦] ـ في المقبوض بالبيع الفاسد.[٧]

ولا تجري هاتان القاعدتان في المقام:

وأمّا قاعدة على اليد: وإنْ كانت اليد موجودة إلّا أنّ القاعدة مخصصة بما ورد في عدم ضمان من استأمنه المالك على ماله ودفع ماله إليه لحفظه نحو موارد الوديعة[٨] أو الانتفاع به كما في موارد العارية[٩] أو استيفاء المنفعة منه كما الإجارة، فحينئذ بطريق الأولوية القطعية أو الفحوى الموافق لا تجري قاعدة على اليد في مورد التسليط وإجازة

---

(١) ادعاه العلّامة الحلي في تذكرة الفقهاء ١٨/١٠، وتلميذه وابن اخته السيّد عميدالدين في كنز الفوائد ٣٧٨/١، وولده فخرالمحقّقين في الإيضاح ٤٢١/١، والكركي في جامع المقاصد ٧٧/٤.

(٢) منية الطالب ١٦٣/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢٩٣/٢.

(٤) المكاسب ٤٨٦/٣ و ٤٨٧.

(٥) المبسوط ٦٥/٣ و ٦٨ و ٨٥ و ٨٩ و ٢٠٤/٢.

(٦) المسالك ١٥٤/٣، و ١٥٤/٤.

(٧) راجع ما كتبته حول قاعدة الإقدام في الآراء الفقهية ٣٣١/٤ وما بعدها.

(٨) راجع وسائل الشيعة ٧٩/١٩، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

(٩) راجع وسائل الشيعة ٩١/١٩، الباب ١ من أبواب كتاب العارية ووسائل الشيعة ٩٦/١٩، الباب ٣ منها.

التصرف في الثمن، وعليه في ما نحن فيه.

وبالجملة: قاعدة على اليد مخصّصة بِالْمَوارِدِ التي يرضى المالك باليد والتصرف في الشيء وَيُجيزُ.

وأمّا قاعدة الإقدام: فَهِيَ أيضاً لا تجرى في المقام لِأَنَّ البائع الفضولي لم يقدم على الضمان وأخذ العين بل سلّطه المشتري على الثمن مع علمه بفضوليته أو غاصبيته وأنّ المال غير مستحق له. فالبائع لم يقدم على التصرف والضمان بل المشتري سلّطه على ماله من دون تضمين.

أَرْبَعَةُ إشكالات وأجوبتها من الشيخ الأعظم

الأوّل: قال: «دعوى: أنّه إنّما سلّطه في مقابل العوض، لا مجاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعة: بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة[١] والبيع بلا ثمن[٢] والإجارة بلا أُجرة[٣] التي قد حكم الشهيد وغير واحد[٤] بعدم الضمان فيها»[٥].

الثاني: قال: «إن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدواناً على كونه ملكاً له، ولو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة ـ كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه ـ فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله...»[٦].

توضيحه: المعاملة الفضولية لها الصحة التأهلية بحيث لو ألحقت الإجازة بها

---

(١) راجع جامع المقاصد ٢٠٩/٤، مفتاح الكرامة ٦٧٤/١٣، الجواهر ٢٤٧/٢٧ طبع إسلامية.

(٢) نقله صاحب مفتاح الكرامة ٦٧٤/١٣ عن حواشي الشهيد ولكنه غير موجود في الحاشية النجارية له.

(٣) راجع جامع المقاصد ١٢٠/٧؛ المسالك ١٨٤/٥.

(٤) والمراد به المحقّق والشهيد الثانيان.

(٥) المكاسب ٤٨٦/٣.

(٦) المكاسب ٤٨٧/٣.

لصحت بالصحة الفعلية، فالفضول وإن لم يكن مالكاً واقعاً ولكنّه مالكاً ادعاءً وإلّا لم تتم الصحة التأهلية قبل الإجازة والصحة الفعلية بعدها.

فحينئذ ما يدفعه المشتري إلى البائع الفضولي ثمناً إنّما يدفعه باعتبار هذه الملكية الإدعائية وفي مقابل المثمن ويسلّطه أيضاً عليه كذلك وهذا هو التضمين وبالنتجية تجري قاعدتا على اليد والإقدام كلاهما في المقام.

وبالجملة: الملازمة بين البيع والتضمين مما لاينكر، لعدم تحقّق البيع من دون تضمين، حتّى إذا كان البيع صوريّاً ادعائياً.

ثمّ قال الشيخ في الإجابة: «قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك...»[١].

مراده بتوضيح منّا: إنّه فصّل بين البيع والتضمين، البيع صدر من البائع الفضولي ادعاءً ومن المشتري أصالة ومع عدم صدور الإجازة من المالك يكون باطلاً وأمّا التضمين وقع على المالك إن أجاز بيع الفضولي وإلّا فلا تضمين لا على المالك ولا على البائع الفضولي، عدم ثبوته على الأوّل واضح، وعلى الثاني لأنّ المشتري سلّطه على ماله من دون تضمين لعلمه بفضوليته وأنّه غير مالك، فليس له استرجاع الثمن.

الثالث[٢]: إذا كان المشتري عالماً بالفضولية ولم يجز المالك لم يتحقّق البيع ولا التضمين لأنّ التضمين في البيع على المالك لا غيره، وبهذا الاستدلال ينفى الضمان على المشتري ولكن هذا البيان يجري في فرض جهل المشتري بالفضولية أيضاً لاشتراك الفرضين ـ العلم والجهل ـ في الأمرين المذكورين ـ عدم وقوع البيع والتضمين على المالك ـ فلماذا حكم بالضمان في فرض جهل المشتري كما مرّ عن المشهور ولم يحكم به في فرض علم المشتري؟! مع كون الاستدلال يجرى في الفرضين معاً؟

---

(١) المكاسب ٣/٤٨٨.

(٢) المكاسب ٣/٤٨٩ قوله: «وممّا ذكرنا يظهر ـ أيضاً ـ فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد...».

ثمّ أجاب[١] **عنه بتوضيح منّا:** قياس الفرضين مع الفارق لأنّ في فرض الجهل لم يرض المشتري بتصرف البائع في الثمن من دون تضمين وبيع، وأمّا في فرض العلم رضا بذلك من دون تضمين لعدم ثبوت بيع شرعاً.

بعبارة أُخرى: «إنّ دفع المال إلى الغاصب [أو الفضول] ليس إلّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع وتسليطه على إتلافه في أنّ ردّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث»[٢].

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك ـ كالخمر والخنزير والحرّ ـ قَوِيَ اطّرادُ ما ذكرنا [من عدم الضمان] فيه [في فرض علم المشتري بالفضولية وتلف الثمن] من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد»[٣].

مرادهﷺ: من شيخ مشايخه هو جدي الشيخ جعفر كاشف الغطاءﷺ في شرحه على القواعد حيث يقول: «ويقوى تسرية الحكم في المقامين إلى كلٍّ ما دُفع بغير مقابل، أو بمقابل غير قابل»[٤].

وكما نقل عنه صاحب الجواهر وقال: «بل لا بأس بالتزام مثل ذلك [عدم الضمان] في جميع نظائره ممّا دفع إليه الثمن بلا مقابل معتدّ به كما صرّح به الاستاذ في شرحه...»[٥].

الرابع: إشكال نقضي بعدم وجود الفرق بين المقام والعقود الفاسدة حيث يكون التسليط فيها موجباً للتضمين دون المقام.

وأجابه بتوضيح منّا: التسليط في العقود الفاسدة يتحقّق بعنوان الوفاء بالعقد فلم

---

(١) المكاسب ٤٨٩/٣ قوله: «وجه الفساد...».

(٢) المكاسب ٤٨٩/٣.

(٣) المكاسب ٤٩٠/٣.

(٤) شرح القواعد ١٠٦/٢.

(٥) الجواهر ٤٩٣/٢٣ (٣٠٧/٢٢).

يكن تسليط مجاني في البين والتضمين موجود بمقتضى العقد ولو كان فاسداً لأنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده كما مرّ ولكن هذا العنوان ـ أي الوفاء بالعقد ـ هنا مفقود لأنّ المشتري عالم بالفضولية أو الغصبية وبطلان العقد وعدم تحقّق البيع.

هذا هو توضيح ما ذكره الشيخ الأعظم في المقام.

أمّا القول المختار

فأقول: الظاهر هو الضمان في فرض تلف الثمن وعلم المشتري بالفضولية أو الغصبية كما عليه المحقّق الحلّي في رسائله[1] ويراه سيّد الرياض[2] في غاية ٱلْقُوَّة لو لا إجماعُ التذكرة وهو حسن ثمّ أمر بالتأمل، والمحقّق السيّد الخوئي[3] والاستاذان[4]ﷺ.

والوجه في ذلك جريان قاعدة على اليد في المقام لأنّ معناها هو الاستيلاء على مال الغير وإثبات اليد عليه يقتضي ردّه إلى مالكه كما عليه سيرةُ العقلاء ويخرج من تحت هذه القاعدة موارد التسليط المجاني وإلغاء المالك احترام ماله، وما نص عليه في الشريعة من موارد الاستئمان والعارية والإجارة، وما نحن فيه ليس من هذه الموارد لأنّ المشتري إنّما يسلّط البائع على الثمن لبنائه على المعاوضة والمبادلة والمبايعة بين المالين، ولو كانت المبايعة في الشريعة باطلة كما في غيرها من العقود الفاسدة، فالمشتري لم يسلّط البائع مجاناً بل في مقابل المثمن عرفاً فيصير التسليط تَضْمِيْنِيّاً فتجرى قاعدة على اليد.

كما أنّها تجري في جميع العقود الفاسدة منها: ما يبذله مشتري الخمر والخنزير والحرّ إلى بائعه من الثمن مع علمه بالحال؛ وما يأخذه المتقامر الغالب من المغلوب ونحوها.

---

(١) الرسائل التسع، المسائل الطبرية، مسألة ٤، /٣٠٦.

(٢) رياض المسائل ٢٢٩/٨.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٨٠/٢.

(٤) شيخنا الاستاذﷺ في إرشاد الطالب ١٠٦/٤، والاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ في العقد النضيد ٥٨٠/٣.

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظم[١] من تشبيه المقام بالهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة، فهو غير تام لأنّها في الحقيقة تحليل وهدية مجانية عبّر عنها بعنوان الهبة أو البيع أو الإجارة فيكون بلا تضمين وبلا عوض.

كما إنّ تشبيه[٢] المقام بدفع الثمن إلى ثالث ـ أي غير المالك والبائع ـ أيضاً غير تام، لأنّ دفع الثمن إلى ثالث لابُدَّ أن يكون مجانياً وبلا عوض بخلاف المقام لأنّ دفع الثمن إلى البائع الفضولي يكون عوضاً عن المثمن.

لا يقال[٣]: السيرة العقلائية في المقام إمّا مقطوعَةُ العدم أو مشكوكَةُ الوجود وبالتالي لاتجري في المقام لأنّ وجودها في فرض علم المشتري بالفضولية أو الغصبية وتلف المال عند البائع الفضولي أو الغاصب بإتلاف سماوي أو أرضي ـ لا بإتلاف الفضولي أو الغاصب ـ مقطوعة العدم أو مشكوكة الوجود لعدم وجود اهتمام من المشتري بالنسبة إلى المالك أو إجازته.

لِأنا نقول: عدم اهتمام من المشتري بالنسبة إلى المالك الواقعي أو إجازته لا يمنع من جريان السيرة العقلائية، لأنّها تجري في حقٍّ من أثبت يده على مال غيره إلّا أن يكون تسليطاً مجانياً من مالك المال وفي المقام لم تثبت مجانية التسليط بل ثبت أنّ تسليط الثمن يكون في مقابل أخذ المثمن فالتسليط معاوضيٌّ معامليٌّ تضمينيٌّ وتجرى السيرة العقلائية فيه.

ولذا لا يرىٰ المحقّق السيّد الخوئي[٤] وجهاً لجمع الشيخ الأعظم[٥] في الجهة الثانية من البحث حيث ذهب إلى عدم جواز تصرف البائع في الثمن لعدم انتقاله إليه وعدم إذن المشتري بالتصرف مع أنّه في الجهة الثالثة ذهب إلى عدم الضمان، مع وضوح أنّ ما

---

(١) المكاسب ٤٨٦/٣.

(٢) المكاسب ٤٨٩/٣.

(٣) كما في العقد النضيد ٥٧٩/٣ و ٥٨٠.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٧٣/٢؛ التنقيح في شرح المكاسب ٨١/٢.

(٥) المكاسب ٤٨٥/٣.

ذكره في الجهة الثانية يقتضي الضمان، لأنّ التسليط إن كان مجانياً بلا عوض فهو ترخيص في التصرف فكيف يجتمع مع عدم جواز التصرف؟! وإن لم يكن تسليطاً مجانياً بل كان معاوضي معاملي تضميني فلا وجه لعدم الضمان!

والحاصل: هذا التفصيل من الشيخ الأعظم غريب عند السيّد الخوئي.

أقول: الظاهر عدم تمامية هذا الاعتراض على الشيخ الأعظم، لأنّه‏ يرى الضمان في فرض جهل المشتري بالفضولية والغصبية، وعدم جواز تصرف البائع في الثمن حينئذ.

وأمّا في فرض علم المشتري بها فهو يرى عدم الضمان وبالنتيجة يجوز للمشتري التصرف في الثمن فلا تَهافُتَ في البين ولاغرابة.

كما يراه كذلك الاستاذ المحقّق[1] ـ مد ظله ـ ولكن لم يذكر وجه عدم ورود إشكال السيّد الخوئي‏ على الشيخ الأعظم.

مقالة الاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ في وجه الضمان

قال: «أمّا الرواية النبويّة[2]: فإنّ إطلاقها يشمل كلّ يد عادية مسيطرة على المال دون إجازة المالك أو الشارع، وجامعها اليد المستولية بلا حقّ، ولكن الرواية مخصّصة بما إذا أقدم صاحب المال على هتك احترام ماله وإسقاط حرمته ببذله لغيره، دون أن يضمّنه بشيء، أو أمر غيره بإتلاف ماله، بأن قال له: «ألق متاعي في البحر ولا ضمان عليك». ففي هذه الموارد لا ضمان.

أمّا فيما نحن فيه فإنّ المشتري برغم علمه بحقيقة حال البائع، لكنّه لم يسلّطه على ماله دون تضمين، وإنّما سلّطه عليه في مقابل المبيع، وبالتالي يكون تسليطه عوضاً عمّا يقبضه منه، وحينئذ مع انكشاف مراد المشتري، فلا يخلو الحال: إمّا أنّه لا مخصّص لعموم الدليل، أو نشكّ في التخصيص، وعند ثبوت الأوّل يكون إطلاق الخبر محكّماً ودالاًّ على

---

(١) العقد النضيد ٣/٥٨٠.

(٢) عوالي اللآلي ١/٢٢٤، ح١٠٦.

ثبوت الضمان. أمّا في صورة [ثانية عند] الشكّ في إطلاق موارد التسليط وعدمه. فإنّ المورد يعدّ من موارد المردّد بين الأقلّ والأكثر، ويندرج في صغريات التمسّك بعموم العام مع إجمال المخصّص المنفصل، فيكون المتيقّن من تخصيص [رواية] قاعدة اليد، كلّ مورد كان التسليط فيه بغير عنوان العوض، أمّا إذا كان بعنوان العوض فالقاعدة تقتضي اعتبار العموم مرجعاً والحكم بضمان البائع مطلقاً، سواءً علّق المشتري دفعه بلحوق الإجازة وعدمه.

أمّا قول الشيخ‏ بأنّ عموم على اليد: «مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك، ودفعه إليه لحفظه كما في الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو استيفاء المنفعة كما في العين المستأجرة»[1]، فلا يمكن التمسّك به لإثبات [عدم] الضمان في المقام.

وهو ممنوعٌ: باعتبار أنّ المال المدفوع إلى المستودع والمستأجر والمرتهن تعتبر أمانة مالكيّة عند هؤلاء، وأيْدِيْهِمْ عليه تكون من باب الاستيمان المالكي، وهو مفقود في المقام، وبالتالي يبطل استدلال الشيخ بالفحوى، لتوقّفه على تحقّق الأولويّة القطعيّة العقليّة أو العقلائيّة الحاصلة في الموارد الثلاثة، والمفقودة في المقام، وفي الواقع هناك بينونة محضة بين الاستيمان المالكي، وبين دفع المشتري المال إلى الفضولي، ولذا يصحّ الحكم بالضمان في المقام ونفيه في تلك الموارد لتخصيص القاعدة في الأخيرة دون الأُولى»[2].

أقول: ما ذكره ـ مد ظله ـ في مقام دلالة النبوية تام ويثبت به الضمان. وقد مرّ[3] منّا انجبار ضعف سند النبوية بعمل الأصحاب فراجعه.

نقد مقالة المحقّق الأصفهاني في الاستدلال على عدم الضمان

قال بعد بحث طويل في مقام «التحقيق: إنّ التسليط سواءً كان وفائيّاً أو ابتدائياً

---

(١) المكاسب ٣/٤٨٦.

(٢) العقد النضيد ٣/٥٨١ و ٥٨٠.

(٣) الآراء الفقهية ٤/٢٩٢ وما بعدها.

تسليطٌ بلا عوض، إذا المفروض علم الشخص بأنّ العاقد غاصبٌ، وأنّ عنوان الوفاء غير مترتّب على تسليطه حقيقة، وقَصْدُ عنوان الوفاء تشريعاً لا يوجب خروج التسليط الغير المنطبق عليه عنوان الوفاء عن كونه تسليطاً عن رضا، فهو تسليط عن رضا. غاية الأمر أنّه بنىٰ علىٰ أنّ هذا التسليط المرضيّ به وفاءً بالعقد تشريعاً، فتخلّف الوفاء لا يوجب عدم كونه مرضيّاً به، لأنّه مع علمه بتخلّفه أقدم عن اختياره على تسليطه، فلا تضمين له حقيقة، فإقدامه الخارجي غير معاوضي حقيقة، وإن كان معاوضياً بناءً وتشريعاً، ولا تخلّف للرضا على أي حال.

وكون التسليط بعد العقد ممّا لابدّ منه عرفاً فلا يكشف عن الرضا، مدفوع بأنّ العقد الموجب للتسليط حيث إنّه صدر عن الرضا فهو يوجب وقوع التسليط عن رضاه»[١].

أقول: التسليط وهو الفعل الصادر من المشتري عن قصد واختيار فلا يعقل أن يكون مهملاً، فالتسليط إمّا مطلق أو مشروط فلا يكون مهملاً.

فحينئذٍ حيث دفع المشتري ماله إلى البائع الفضولي في ضمن معاوضة فتسليطه إيّاه يكون بعنوان ثمن البيع والمثمن إمّا شخصيٌّ أو كلّيٌّ في الذمة وبالتالي المعاوضة موجودة والتضمين موجود فتندرج هذا التسليط في صغريات قاعدة على اليد أو خبره.

وبالجملة: ما ذكره‌ من أنّ إقدام المشتري في تسليط البائع غير معاوضي حقيقة غير تام.

تتمةٌ: فروع استثناها الشيخ الأعظم من القول بعدم الضمان

منها: قال: «ثمّ إنّ ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده، إذ لم يسلّطه عليه ولا أذن له في التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، ولعلّ ظاهر كلماتهم ومعاقد إتفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان

---

(١) حاشية المكاسب ٢/٢٩٣.

ظاهر بعضهم[١] ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية»[٢].

ويرد عليه: «ما ذكره‏ﷺ من الضمان في الفرض إن أراد به ضمان الإتلاف فهو خارج عن محلّ الكلام، لأنّ محل ٱلْبحْثِ إنّما هو التلف والضمان بدليل على اليد، وإن أراد به ضمان اليد ـ كما هو الظاهر ـ فلم نعرف له وجهاً، لأنّ المفروض إنّ المشتري استأمنه في إيصال الثمن إلى المالك، ولا ضمان في مورد الاستيمان، فكان الصحيح المتعين على المصنف [الشيخ الأعظم] أن يعكس المطلب، أي يقول بالضمان في الفرض السابق وبعدمه في الفرض»[٣].

ومنها: أنّ ما ذكره‏ﷺ «من عدم الضمان إنّما هو فيما إذا سلّطه المشتري على المال بأن دفعه إليه بنفسه، وأمّا إذا أخذه البائع بعد المعاملة من دون أن يدفعه إليه المشتري فلا محالة يحكم فيه بالضمان، إذ البيع بمجرده ليس تسليطاً على شيءٍ فما لم يدفعه إليه المشتري لا يكون في البين تسليط»[٤]. وهذا متين.

وعلّله الشيخ الأعظم بقوله: «يقوي الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنّه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلّا بالعقد والتسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان و يكشف عن ذلك أي في تصريح غير واحد منهم[٥] بإباحة تصرّف البائع الغاصب فيه [أي في الثمن المجعول عوضاً عن المبيع المغصوب]، مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في

(١) نحو الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣٧/٢ والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٦٩/٤، حيث جعلا الغاصب كالفضولي.

(٢) المكاسب ٤٩٢/٣.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٧٥/٢.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب ٨٣/٢.

(٥) نحو: أصحاب جامع المقاصد ٧١/٤؛ والمسالك ١٦٠/٣؛ والحدائق ٣٩٦/١٨؛ ومفتاح الكرامة ٦١٨/١٢؛ والجواهر ٤٩١/٢٣ (٣٠٥/٢٢).

الإباحة»[١].

أقول: ﴿الْآنَ حَصْحَصَ الْحَقُّ﴾[٢] حيث يقول الشيخ الأعظمؒ: «التسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان» وهذا ما أصرنا عليه، وأنكره القوم والشيخ الأعظمؒ تبعاً لهم، وإقرارٌ منهؒ بثبوت الضمان ووجهه في الجهة الثالثة من البحث.

«**ومنها:** إنّه حكم بالضمان فيما إذا اشترط المشتري على البائع الضمان، أي الرجوع إليه بالثمن إذا أخذ منه المبيع صاحبه.

وهذا أيضاً ظاهر»[٣].

ومنها: «ولو كان الثمن كلّيّاً فدفع إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع لأنّه كالثمن المعيّن في تسليطه عليه مجاناً»[٤].

وحيث أنّ الشيخ الأعظم اختار عدم الضمان في الثمن الشخصي اختار عدمه أيضاً في الثمن الكلّي وتطبيقه على بعض أفراده توسط المشتري، والحقّ معه في عدم الفرق لا في عدم الضمان لأنّ المختار هو الضمان في الثمنين كما مرّ والحمد لله العالم على الأسرار.

---

(١) المكاسب ٣/٤٩٢.

(٢) سورة يوسف /٥١.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٧٥.

(٤) المكاسب ٣/٤٩٢.

المسألة الثالثة: حكم ما يغترمه المشتري للمالك

هل يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع الفضولي أو الغاصب في صورة جهله بالفضولية أو الغصبية، أم لا يجوز؟ فليعلم أَنَّ ما يَغْتَرِمُهُ المشتري يقع على أقسام ثلاثة فيجرى البحث حولها:

القسم الأوّل: الغرامة التي لم يحصل نفع للمشتري في مقابلها

نحو: المنافع التي لم يستوفه المشتري أو نفقة العبد أو الحيوان أو المال الذي صرفه المشتري في عمارة المبيع من بناءٍ وغرسٍ وحفرٍ، أو إعطاء قيمة الولد المنعقد حرّاً في جارية المالك أو ما دفعه للمالك في مقابل نقص بعض الصفات أو الأجزاء من المبيع، ففي كلِّ ذلك لابدّ من المشتري دفع الغرامة إلى المالك، فهل يجوز له الرجوع إلى البائع الفضولي أو الغاصب أم لا؟

في هذا القسم أُدُّعِيَ الإجماع في الرجوع كما قال ابن ادريس: «... وكلّ ما دخل على أنّه له بغير عوض، فإن لم يحصل له في مقابلته نفع وهو قيمة الولد رجع به على البائع قولاً واحداً»[1].

وقد حكم فخر المحقّقين برجوع المشتري على البائع بما اغترمه من نفقةٍ أو عوضٍ عن أُجرةٍ أو نماءٍ ممّا لم يَحْصَلْ له في مقابلته نفع إجماعاً في شرح الإرشاد[2].

---

(١) السرائر ٢/٤٩٣.

(٢) شرح إرشاد الأذهان / مخطوط، نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٢/٦٣١.

وقال السبزواري: «وذكر الأصحاب أنّ ما يغرمه المشتري ممّا لم يحصل له في مقابلته نفع ـ كالنفقة والعمارة ـ فله الرجوع به على البائع»[١].

وقال جدي الشيخ جعفر: «(و) بـ(ما اغترمه) من مال لم يكن في مقابلته نفع (من نفقة أو عوض عن أُجرة) عمل أو منفعة مملوك أو حيوان لم يصل نفعها إليه، أو مازاد منها على مقدار النفع (أو نماء) تالف أو متلف من أجنبي ـ حيث لا يريد الرجوع عليه ـ أو منه، أو أرش جناية مملوك أو حيوان أو قيمة شجر أفسده القلع أو أُجرة حفر أو طمّه أو بناء جدار أو شقّ أنهار أو حفر آبار إلى غير ذلك للإجماع محصّلاً ومنقولاً...»[٢].

وقال سيّد الرياض: «(و) المعروف من مذهب الأصحاب: أنّ للمشتري أن يرجع (بما غرمه) للبائع (ممّا لم يحصل له في مقابلته عوض كقيمة الولد) والنفقة والعمارة ونحو ذلك لمكان التغرير وترتب الضرر به مع عدم جابر له من العوض»[٣].

أقول: يظهر من سيّد الرياض إدعاء شبه الإجماع في المقام.

وقال الفاضل النراقي: «وإن كان المشتري جاهلاً فيرجع إلى البائع بالثمن الذي أعطاه البائع مطلقاً... وكذا بسائر ما اغترمه للمالك ممّا لم يحصل له في مقابلته عوض بلا خلاف يُعرف... وتدلّ عليه بعد ظاهر الإجماع موثقة جميل[٤] بضميمة الإجماع المركب...»[٥].

واعترض صاحب الجواهر على صاحب الحدائق[٦] في مخالفته مع القوم في حكم هذا القسم بقوله: «... وعلى كل حال فما في الحدائق: من أنّه لا يرجع إلّا بالثمن

---

(١) كفاية الأحكام ٢/٦٥٥.

(٢) شرح القواعد ٢/١٠١.

(٣) رياض المسائل ١٤/٤٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٥، ح٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٥) مستند الشيعة ١٤/٢٩٥.

(٦) الحدائق ١٨/٣٩٣ و ٣٩٤.

مخالف للنص والقاعدة والإجماع بقسميه لما عرفت»[١].

وقال الشيخ الأعظم: «وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف في المسألة»[٢].

وفي كلام المحقّق والشهيد الثانيين[٣] في كتاب الضمان: نفي الإشكال عن ضمان البائع الفضولي لدرك ما يحدثه المشتري من أشجار غرسها في الأرض التي ابتاعها من الفضولي وقَلَعها مالكُ الأرض، فإنّ خسارة قلع تلك الأشجار بعهدة البائع الفضولي.

ثمّ قد استدلّ لرجوع المشتري الجاهل على البائع الفضولي في هذا القسم قبل الإجماع بالأدلة التالية:

الأوّل: قاعدة الغرور

والأصل فيها ما ذكره المحقّق الثاني في المسألة من قوله: «الأصح الرجوع لعموم: «المغرور يرجع إلى مَنْ غرّه» وقد دخل معه على أن تكون له هذه المنافع مجّاناً بناءً على أنّ المِلْك له فتغريره فوتها عليه»[٤].

وقد مرّ تمسك سيّد الرياض بهذه القاعدة في قوله: «لمكان ٱلتَّغْرِيْر...»[٥].

وقال الفاضل النراقي: «... وعموم قوله: «المغرور يرجع على مَنْ غرّه» نقله المحقّق الشيخ علي في حاشيته على الإرشاد وضعفه غير ضائر لأنّ الشهرة بل الإجماع له جابر، بل هذه قاعدة مسلّمة بين جميع الفقهاء المتداولة عندهم يستعملونها في مواضع متعددة كالغصب والتدليس في المبيع والزوجة، والجنايات وأمثالها»[٦].

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق الثاني لم يُسْنِدْهُ إلى المعصوم ولكن استفاد الفاضل

---

(١) الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠٢).

(٢) المكاسب ٣/٤٩٤.

(٣) جامع المقاصد ٥/٣٤٠، المسالك ٤/٢٠٥.

(٤) حاشية الارشاد /٣٣٨، المطبوع في المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركي وآثاره.

(٥) رياض المسائل ١٤/٤٦.

(٦) مستند الشيعة ١٤/٢٩٦.

النراقي من كلامه أنّها رواية موقوفة مرسلة كما هو كذلك في الجواهر[١] ونهاية الأثيرية[٢] ومجمع الطريحي[٣] ونحوها في صحيح مسلم[٤] ومسند احمد[٥] وسنن البيهقي[٦].

وقال الفاضل المراغي: «ما اشتهر بينهم من الخبر المعروف وهو «أنّ المغرور يرجع إلى من غرّه» وإن لم نقف على ذلك في كتب الأخبار لكن الظاهر من سياق كلامهم أنّه مرويّ وحيث أنّ مضمونه مجمع عليه فلا يحتاج إلى ملاحظة سندٍ ونحوه»[٧].

وقال الشيخ الأعظم: «للغرور فإنّ البائع مغرِّرٌ للمشتري وموقِعٌ إيّاه في خطرات الضمان ومتلِف عليه ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذي يُرجع إليه إذا رجع عن شهادته»[٨].

وقال المحقّق الخراساني: «... فظهر أنّه لا مستند لقاعدة الغرور إلّا الخبر إذا انجبر ولا يبعد جبره بعمل الأصحاب، فإنّهم لا يزالون يتمسّكون بقاعدة الغرور، على وجه يعلم أنّه لا مستند آخر من قاعدة الغرور[٩] لهم ونحوها غيرها، فيحصل الوثوق بمضمونه وهو كاف في جبره كما ظهر أنّه لا وجه للضمان غيرها، فلابدّ من الاقتصار في الحكم بالضمان على مورد صدق أنّه غرّه كما عرفت»[١٠].

وقال الفقيه السيّد اليزدي: «إعلم أنّ رجوع المغرور على الغار من القواعد المسلمة بينهم ويمكن دعوى الإجماع عليها، بل في حاشية الإرشاد ويمكن دعوى إنجبار ضعفها بالشهرة فإنّ هذه القضية بهذا اللفظ متدأوّل في ألسنتهم، ويمكن أن يستدل على القاعدة

---

(١) الجواهر ١٤٥/٣٧ طبع إسلامية.

(٢) النهاية ٣٥٥/٣.

(٣) مجمع البحرين ٤٢٣/٣.

(٤) صحيح مسلم ١١٥٣/٣.

(٥) مسند احمد ١١٦/١.

(٦) سنن البيهقي ٢١٩/٧ (٣٣٨/٥).

(٧) العناوين ٤٤٣/٢.

(٨) المكاسب ٤٩٤/٣.

(٩) ولكن في المتن: «الضرر»، صححناه بالسياق.

(١٠) حاشية المكاسب /٨٢.

ـمضافاً إلى ذلك ـ بالأخبار المتفرقة في الأبواب»[١] ثمّ ذكر عدة من الروايات في هذا الباب، وقال في آخر كلامه: «وبالجملة: قاعدة الغرور من القواعد المحكمة المجمع عليها ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالماً أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع جهل الغار كما ترى»[٢].

وقال المحقّق الأصفهاني: «وأمّا الخبر المنسوب إلى سيّد البشر ﷺ وهو «المغرور يرجع إلى من غرّه» فقد قيل: إنّه مروي وضعفه منجبرٌ باستناد الأصحاب إليه كثيراً، إلّا أنّ أصل روايته غير معلوم، واستناد الأصحاب إلى قاعدة الغرور معروف مشهور، وأمّا استنادهم إلى الخبر حتّى ينجبر به فهو غير معلوم، ومجرد مطابقة عملهم لمضمون الخبر غير موجب لانجباره فتدبّر»[٣].

وقال السيّد الخميني: «والتحقيق: إنّها قاعدة برأسها وعنوانها لا لما نسب إلى النبي ﷺ: المغرور يرجع إلى من غرّه، لعدم ثبوت استناد الأصحاب في الحكم إليه وقرب احتمال استنادهم إلى الروايات الآتية... [أي] قرب احتمال اصطيادها من الأخبار الخاصة...»[٤].

والحاصل: لم يثبت كون جملة: «المغرور يرجع إلى مَنْ غرّه» حديثاً ورواية، نعم هي قاعدة فقهية اصطيادية من عدّة من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة[٥]، يعمل بها في ما عمل بها الأصحاب من أبواب البيع والغصب والنكاح والتدليس فيه والجنايات والشهادات.

---

(١) حاشية المكاسب ٢/٢٨٦.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٢٨٨.

(٣) حاشية المكاسب ٢/٣٠٥.

(٤) كتاب البيع ٢/٤٥٠.

(٥) لأجلها أُنظر حاشية المكاسب للفقيه اليزدي ٢/٢٨٨ و ٢٨٧، وكتاب البيع ٢/٤٥١ و ٤٥٠ للسيّد الخميني.

فلا بأس بذكر بعض النصوص التي تستفاد منها قاعدة الغرور تَتْمِيْماً للفائدة:

منها: صحيحة أبي عبيدة الحَذّاء عن أبي جعفرعليه السلام في رجل تزوّج امرأةً من وليِّها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دُلِّسَتِ العفلاءُ والبرصاءُ والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زَمانةٌ ظاهرة فإنّها تُرَدُّ على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليّها الذي كان دلَّسها، فإن لم يكن وليُّها علم بشيءٍ من ذلك فلا شيء عليه وتردُّ إلى أهلها.

قال: وإن أصاب الزوج شيئاً ممّا أخذتْ منه فهو له وإن لم يُصِبْ شيئاً فلا شيء له.

قال: وتَعْتَدُّ منه عِدَّةَ المطلقة إن كان دخل بها وإن لم يكن دخل بها فلا عِدَّة لها ولا مهر لها.(١)

العَفْلاءُ وهي القرناء: أن يكون في فرجها شيءٌ من لحم أو عظم يمنع من وطئها.(٢)

والزَّمانَةُ: العاهَةُ والآفَةُ ويُقال للْمُقْعِدَةِ زَمِنَةٌ.

وطبق الإمامعليه السلام القاعدة في قوله: «ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلّسها» فالمدلِّس هو الضامن.

ومنها: معتبرة اسماعيل بن جابر قال: سألت أباعبداللهعليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فاعجبتْهُ فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها، فقال: زَوِّجْني ابنتك، فزوَّجه غيرها فولدتْ منه، فعلم بعدُ أنّها غيرُ ابنته وأنّها أَمَةٌ؟

فقال: يَرُدُّ الوليدةَ على مولاها، والولدُ للرجلِ وعلى الذي زوّجه قيمةُ ثمن الولد يُعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه.(٣)

---

(١) الكافي ٧٩٢/١٠، ح ١٤ (٤٠٨/٥)، ونقل في وسائل الشيعة ٢١١/٢١، ح١، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

(٢) راجع النهاية ٢٦٤/٣ مادة عفل، والنهاية ٥٤/٤ مادة قرن، لسان العرب ٤٥٧/١١ مادة عفل، القاموس المحيط ١٣٦٥/٢.

(٣) الكافي ٧٩١/١٠، ح١٣ (٤٠٨/٥) ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٢٠/٢١، ح١، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس.

والسند معتبر لأنّ محمّد بن سنان عندنا معتبر، واسماعيل بن جابر إن كان الخثعمي فقد وثقه الشيخ في رجال الباقرعليه السلام بقوله: «الكوفي ثقة ممدوح له اصول رواها عنه صفوان بن يحيى»[١]. وذكره في أصحاب الصادق[٢]عليه السلام وفي أصحاب الكاظمعليه السلام من دون توصيف قال: «روىٰ عنهماعليهما السلام أيضاً»[٣].

وإن كان الجعفي فقد ذكره النجاشي[٤] ولم يذكر فيه قدحاً فهو امامي معتبر مع أنّه من المشاهير ولم يرد فيه قدح فهو معتبر عندنا أيضاً.

فحينئذ لا فرق بين أن نقول باتحادهما كما عليه المحقّق السيّد الخوئي[٥] أو تعددهما كما عليه شيخنا التستري[٦].

وأمّا دلالتها فَواضِحَةٌ لأجل تعليل الوارد فيها: «كما غرّ الرجل وخدعه» يعطى في جميع موارد الغرور بأنّ المغرور يرجع إلى الغار.

ومنها: ما ورد في خبر رفاعة بن موسى قال: وسألته عن البَرْصَاء؟ فقال: قضى أميرالمؤمنينعليه السلام في امرأةٍ زوّجها وليُّها وهي بَرْصَاءُ أنّ لها المهر بما استحلَّ من فرجها وأنّ المهر على الذي زوّجها وإنّما صار المهر عليه لأنّه دلّسها، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأة وزوّجها رجلٌ لا يعرف دَخِيْلَة أمرها لم يكن عليه شيءٌ وكان المهر يأخذه منها.[٧]

عرفت دَخِيْلَتَهُ: أي باطنته الداخلة، وعرفت دخيلة أمره: أي جميع أمره.[٨]

---

(١) رجال الشيخ /١٠٥، رقم ١٨.

(٢) رجال الشيخ /١٤٧، رقم ٩٣.

(٣) رجال الشيخ /٣٤٣، رقم ١٣.

(٤) رجال النجاشي /٣٢، رقم ٧١.

(٥) معجم رجال الحديث ١١٦/٣.

(٦) قاموس الرجال ٣٥/٢.

(٧) الكافي ٧٨٨/١٠، ح٩ (٤٠٧/٥) ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢١٢/٢١، ح٢، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

(٨) لسان العرب ٢٤٠/١١ مادة دخل.

وأمّا اعتبار سند الرواية فَمَنُوْطٌ باعتبار سهل بن زياد، وقد يقال: بأنّ الأمر فيه سهل. ودلالتُها واضحة لأنّ الإمام عليه السلام جعل المهر على الولّي المُدَلِّس لأنّه دلَّسها وَطَبّقَ قاعدة الغرور في المقام مع ذكر التعليل: «لأنّه دلَّسها».

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال: إنّما يُردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحلّ من فرجها ويغرم وليّها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها.[1]

بتقريب: أنّ المراد من إنكاح الوليّ إيّاه أنّه دلّسها للزوج وأخفى عيوبها، فالوليّ يكون مدِّلساً فالمهر عليه.

ومنها: صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوّج المرأة فيُؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء؟ قال: تُردّ على وليّها ويكون لها المهرعلى وليّها، الحديث.[2]

بتقريب: أنّ الوليّ هو الذي دلَّسها وأخفى عيبها فيكون مهرها عليه بقرينة غيرها من الروايات.

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: في كتاب علي عليه السلام: من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبيّن ذلك لزوجها فإنّه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوّجها ولم يبيّن.[3]

ومنها: خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل وهي رتقاء؟ قال: يفرّق بينهما ولا مهر لها.

يمكن القول باعتبار سند الرِّوايَةِ إذا قلنا بأنّ عبدالله بن الحسن بن علي بن جعفر الذي ينقل عن جَدِّهِ علي بن جعفر المعروف بالعُرَيْضيّ كان من المعاريف ولم يرد فيه قدح فهو معتبر.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢١٣، ح٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/٢١٣، ح٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢١/٢١٤، ح٧.

وتقريب دلالتها: بأنّ المرأة هي بنفسها فعلت التدليس فلا مهر لها لأنّها المدلِّسة.

ومنها: صحيحة الوليد بن صَبِيْحٍ عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوَّج امرأةً حُـرّة، فوجدها أمةً قد دلَّست نفسها له، قال: إنْ كان الّذي زوّجها إيّاه من غير مواليها، فالنّكاح فاسد.

قلت: فكيف يصنع بالمهر الّذي أخذت منه؟

قال: إنْ وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه، وإنْ لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإنْ كان زوّجها إيّاه وليّ لها، ارتجع على وليّها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إنْ كانت بكراً، وإنْ كانت غير بكرٍ، فنصف عشر قيمتها بما استحلَّ من فرجها قال: وتعتدّ منه عدّة الأمة.

قلت: فإنْ جاءت بولد؟

قال: أولادها منه أحرار إذا كان النّكاح بغير إذن الموالي.(١)

بتقريب: جملة «وإن كان زوّجها إيّاه وليٌّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه» لأنّ الولي حينئذ يكون مدلِّساً فالمهر عليه، فيؤخذ الزوج ما أعطاها منه.

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل خطب إلى رجل بنتاً له من مهيرة فلمّا كان ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتاً له أُخرى من أمة؟ قال: تردّ على ابيها وتردّ إليه امرأته ويكون مهرها على أبيها.(٢)

يكون مهر الأولىٰ على أبيها لأنّه هو الغار والزوج مغرور، والشاهد عليه صحيحة الحلبي.(٣)

ومنها: مرسلة القاضي نعمان المصري عن عليٍّ عليه السلام أنّه قال: تُرَدُّ المرأةُ من القَرَن والجذام والجنون والبرص، وإن كان دخل بها فعليه المهر وإن شاء أمسك وإن شاء فارق،

---

(١) الكافي ٧٨٣/١٠، ح١ (٤٠٤/٥) ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨٥/٢١، ح١، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢١/٢١، ح٢، الباب ٨ من أبواب العيوب والتدليس.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢١/٢١، ح٣.

ويرجع بالمهر على من غرّه بها، وإن كانت هي التي غرّته رجع به عليها، وترك لها أدنى شيء ممّا يستحلّ به الفرج، وإن لم يدخل بها فارقها إن شاء و لا شيء عليه.[١]

القَرَن: لحم أو عظم يكون في قُبُل المرأة يمنع من وطئها.[٢]

بتقريب: حكم أميرالمؤمنينعليه السلام بأنّ الزوج «يرجع بالمهر على مَنْ غرّها» ويستفاد منه قاعدة الغرور وكذلك قولهعليه السلام: «وإن كانت هي التي غرّته رجع به عليها»، وأمّا «ترك لها أدنى شيء ممّا يستحلّ به الفرج»، فَهُوَ مَهْرُ اَلْمِثْلِ بواسطة وطي الزوج إيّاها.

ومنها: صحيحة مسمع بن كردين عن أبي عبداللهعليه السلام في أربعة شَهِدُوْا على رجل بالزنا فَرُجم، ثمّ رجع أحدهم، فقال: شككتُ في شهادتي، قال: عليه الدية، قال: قلت: فإنّه قال: شهدت عليه متعمّداً، قال: يُقتل.[٣]

المراد بالدية: ربعها كما يظهر ممّا يأتي من الروايتين.

بتقريب: الشاهد الزور غارّ فيغرم الدية، أو يقتل على فرض تعمده.

ومنها: صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفرعليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنينعليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق، فَقُطِعَ يدُه، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق وليس الذي قُطِعَتْ يدُه، إنّما شبّهنا ذلك بهذا، فقُضيَ عليهما أنّ غرّمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر.[٤]

«غرّمهما نصف الدية»: أي كلّ واحد منهما نصف الدية.

بالتقريب: الذي مرّ في سابقها وكذلك ما بعدها.

ومنها: معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليعليهم السلام في رجلين شَهِدا على رجل أنّه سرق فقُطعت يدُه ثمّ رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرّما دية اليد من أموالهما

(١) دعائم الإسلام ٢٣١/٢، ح٨٦٥ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ٤٦/١٥، ح٥، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس.

(٢) مجمع البحرين ٢٩٩/٦.

(٣) وسائل الشيعة ٣٢٩/٢٧، ح٣، الباب ١٢ من أبواب كتاب الشهادات.

(٤) وسائل الشيعة ٣٣٢/٢٧، ح١، الباب ١٤ من أبواب كتاب الشهادات.

خاصة، وقال في أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون فَرُجِمَ، ثمّ رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الدية إذا قال: شبّه عليَّ، وإذا رجع اثنان وقالا: شبّه علينا غرما نصف الدية، وإن رجعوا كلّهم وقالوا: شبّه علينا غرموا الدية، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً.(١)

ومنها: صحيحة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائماً بعينه رُدّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل.(٢)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه.(٣)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلّقها فاعتدّت المرأة وتزوّجت ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم فزعم أنّه لم يطلّقها، وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيردُّ على الأخير ويفرِّق بينهما وتعتدُّ من الأخير، ولا يقرّبها الأوّل حتّى تنقضي عدّتها.(٤)

ومنها: موثقة إبراهيم بن عبدالحميد عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلّقها فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحدّ ويضمنان الصداق للزوج ثمّ تعتدُّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل.(٥)

وبالجملة: يستفاد من هذه الروايات الأخيرة أنّ شاهد الزور غارٌّ ويضمن الخسارات الواردة على المشهور عليه ولو لم يتعمّد ومع تعمّده يُقْتَصُ. وهذا هو جريان

---

(١) وسائل الشيعة ٢٧/٣٣٢، ح٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧/٣٢٧، ح٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧/٣٢٧، ح١، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧/٣٣١، ح٣، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

(٥) وسائل الشيعة ٢٧/٣٣٠، ح١، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

قاعدة الغرور في شاهد الزور.

ومن هنا يَظْهَرُ ضعف ما ذكره السيّد الخوئيﷺ من قوله: «إنّ هذه القاعدة على إطلاقها ممّا لا يمكن الالتزام به، وذلك لأنّ أحداً إذا شوّق آخر إلى شراء شيءٍ بأنّه ستترقّىٰ وأنّ له مشترين كثيرين في البلد وبتشويقه ذلك اشتراه المشتري ثمّ انكشف أنّه لا مشتري له في البلد وَبِتَشْوِيْقِهِ ذلك اشتراه المشتري ثمّ انكشف أنّه لا مشتري له في البلد أصلاً وأنّ قيمته لم تترقّ بوجه، فهل يفتي فقيه بضمان ذلك المشوِّق للمشتري بدعوى أنّه غرّه في المعاملة...»[1].

والوجه فيه: إنّا نعمل بقاعدة الغرور في ما يعمل بها الأصحاب كما مرّ، مِنْ عَمَلِ والأصحاب بها في ما نحن فيه فنعمل بها.

وهكذا لا يتم ما ذكره المحقّق المروجﷺ من أنّ قاعدة الغرور تختص بموارد «كان المباشر بمنزلة الآلة، بأنْ يكون الفعلُ صادراً من المباشر بإرادة السبب والمقام ليس كذلك، لأنّ إقدامه على تعمير الدار الخربة مثلاً يكون بإرادته واختياره»[2].

والوجه في عدم تماميته: عدم ورود هذا الاختصاص في كلام الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم بل جميع الموارد التي ذكروها أو أغلبها لم يكن المباشر فيها بمنزلة الآلة ولم يصدر الفعل من المباشر فيها بإرادة السبب، يظهر ما ذكرته بمراجعة موارد جريان القاعدة في كلامهم، نعم، ما ذكره صاحب الجواهر من «إمكان كون بناء قاعدة الغرر على قوة السبب من المباشر»[3] تام، وهذا الإمكان غير ما ورد في كلامه من «أن يكون الفعل صادراً من المباشر بإرادة السبب»[4].

فقاعدة الغرور تجري في المقام.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٨٧/٢.

(٢) هدى الطالب ٥١٩/٥.

(٣) الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

(٤) هدى الطالب ٥١٩/٥.

الثاني: قاعدة نفي الضرر[١]

تمسك بها جدي الشيخ جعفر[٢] وسيّد الرياض[٣] وصاحب الجواهر[٤] والشيخ الأعظم[٥].

بتقريب: انّ قاعدة نفي الضرر تقتضي ضمان البائع، لأنّ عدم ضمانه لغرامات المشتري ضرر على المشتري، فعدم الضمان مرفوع بها فيثبت ضمان البائع.

ويرد عليه: **أوّلاً**: قاعدة لا ضرر لا تجرى في الموارد التي يوجب جريانها فيها ضرراً على الآخرين ويكون إضراراً على الغير. وفي ما نحن فيه الحكم برجوع المشتري علىٰ البائع ضرر على البائع وإضرار في حقّه.[٦]

وثانياً: قاعدة نفي الضرر ترفع الأحكام الشرعية التي تبلغ إلى حدّ الضرر ولا يثبت بها حُكْمٌ شَرْعِيٌّ وثبوتُ الضمان على البائع الفضولي أو الغاصب حُكْمٌ شَرْعِيٌّ لاتقدر قاعدة الضمان على إثباته.

الثالث: السبب أقوىٰ من المباشر

قد يستدل بقول الفقهاء أنّ السبب أقوى من المباشر في المقام برجوع المشتري إلى البائع الفضولي لأنّ استناد الفعل هنا وهو ثبوت الضمان والغرامة إلى السبب ـ وهو البائع الفضولي ـ أقوى من المباشر ـ وهو المشتري ـ.

وفيه: نعم، في موارد أقوائية السبب من المباشر يحكم بثبوت الضمان على السبب نحو: مَنْ حفر بئراً في وسط الطريق فوقع فيها أحد في ليلة ظلماء فإنّه يصدق أن يقال إنّه أَهْلَكَهُ، ومنه تغريم شاهدي الزور لأنّهما أوجبا قتل المشهود عليه، وكما إذا كان المباشر

---

(١) مرّ منّا روايات قاعدة نفي الضرر بين الفريقين في الآراء الفقهية ٣٤٧/٤.

(٢) شرح القواعد ١٠٢/٢.

(٣) رياض المسائل ٤٦/١٤.

(٤) الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

(٥) المكاسب ٤٩٤/٣.

(٦) التنقيح في شرح المكاسب ٨٥/٢.

مسلوب القدرة والشعور والاختيار كما إذا أعطى بندقية بيد صبي أو مجنون وأمره برمي الغافل والنائم، وكما إذا فتح باب قفص فطار الطائر.

وأمّا فيما إذا كان السبب من قبيل المعدّات للفعل الصادر من المباشر لشعوره واختياره كما إذا شوّقه وحرّكه إلى قتل أحد فقتله باختياره أو التمس منه شرب خمر فشربه بإرادته ففي أمثال ذلك لا دليل على أخذ السبب بالقصاص أو الدية، وإن كان عاصياً في الإنبعاث إلى فعل المحرّمات، وما نحن فيه من هذا القبيل لأنّ البائع الفضولي أو الغاصب من أحدّ معدّات أفعال المشتري لا أنّه علّة تامة لها[١]، بحث لا يستند الفعل عرفاً إلى البائع بل يستند إلى المشتري فلا تَجْرِيْ قاعدة أقوائية السبب من المباشر.

الرابع: موثقة جميل بن دَرّاج

موثقة جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجئ مستحقُّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أُخذت منه.[٢]

بتقريب: هذه الموثقة تدلّ بالظهور اللفظي أو الفحوى على رجوع المشتري على البائع الفضولي أو الغاصب لأنّ الولد الحر: إن لم يُعَدَّ نفعاً عائداً إلى المشتري كانت دلالة الموثقة على ضمانة البائع الفضولي بالدلالة اللفظية، وإن عُدَّ نفعاً كانت دلالتها عليه بالفحوى لأنّ المشتري إذا كان مع وصول النفع إليه مستحقّاً للرجوع إلى البائع، كان استحاقه للرجوع إليه مع عدم وصول النفع إليه بطريق اولى.

وأضاف الشيخ الأعظم: «مع أنّ في توصيف قيمة الولد بأنّها «أُخذت منه» نوع إشعار بعلّيّة الحكم فيطّرد في سائر ما أُخذت منه»[٣].

مراده: أنّ الوصف مشعر بِالْعِلِّيّةِ والعِلِّيّةُ تعمم الحكم بالرجوع إلى البائع في جميع ما أخذ المالك من المشتري من المنافع التي لم يحصل للمشتري نفع أو حصل.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٨٥ و ٨٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٥، ح٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) المكاسب ٣/٤٩٥.

اعترض صاحب الحدائق بأنّ الحكم إذا كان هو رجوع المشتري إلى البائع فلماذا لم يرد ذلك في عدّة من الروايات[١] مع أنّ «المقام مقام بيان مع حكمه عليه السلام في الخبر[٢] برجوع المالك على المشتري بعوض المنافع، فلو كان للمشتري الرجوع بها على البائع لذكره عليه السلام، مع ذكره أخيراً أنّ المشتري يرجع بما أنفقه على المالك لا على البائع.[٣]

وأجاب عنه الشيخ الأعظم بقوله: «وأمّا سكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار فهو لعدم كونه مسوِّقاً لذلك كرواية زرارة[٤]... ورواية زريق[٥]...»[٦].

ثمّ أجاب عنهما الشيخ الأعظم بعد ذكر الروايتين بأجوبة أربعة:

«[١] أنّا نمنع ورودها [هما] إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك.

[٢] أنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل.

[٣] مع أنّ رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع.

[٤] مع أنّ البائع في قضية زُرَيق هو القاضي فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم[٧]، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غارّاً من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلاً ـ كما هو الظاهر ـ فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرّفه في أُمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له»[٨].

---

(١) نحو معتبرة زرارة ح٢ في الباب المذكور بناءً على أنّ ابن أبي عمير لا يروى ولا يرسل إلّا عن ثقة وقد مرّ منّا في أبحاثنا الرجالية مناقشة هذا المبنىٰ فلا يتم اعتبار الرواية سنداً. وصحيحة جميل عن بعض أصحابنا ح٣ فيه، وخبر زرارة ح ٤ فيه.

(٢) مراده معتبرة زُرَيق المروية في وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) الحدائق ٣٩٤/١٨.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح٤.

(٥) وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١.

(٦) المكاسب ٤٩٥/٣.

(٧) قد حكم صاحب الجواهر في كتابه ٤٨٨/٢٣ (٣٠٤/٢٢) بعدم تغريم القاضي.

(٨) المكاسب ٤٩٨/٣ و ٤٩٧.

واعترض السيّد الخوئي على الشيخ الأعظم بأنّ: «الولد سواء كان من [المنافع] المستوفاة أو من غيرها إنّما خرج بالنص وهذا لا يقتضي التعدّي إلى جميع المنافع المستوفاة أو غير المستوفاة»(١).

ثمّ اعترض على استفادته عليّة الحكم من الوصف بقوله: «فهو من غرائب الكلام، لأنا لو فرضنا أنّ التوصيف صريح في علّية الأخذ للحكم لما أمكن التعدّي منه إلى غيره فضلاً عمّا إذا كان مشعراً بذلك والوجه في ذلك ما سنبيّن في بحث تعاقب الأيادي عن قريب إن شاء الله تعالى من أنّ رجوع كلّ ضامن إلى ضامن آخر إنّما هو فيما إذا أخذ المالك منه المال المضمون عليه، وأمّا قبل أخذه فلا يمكنه الرجوع إلى الآخر أبداً ولو مع العلم بأنه سيأخذ قيمته منه، وفي المقام أيضاً إنّما يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع فيما إذا أخذ المالك من المشتري قيمة الولد، وأمّا قبله فلا شيء حتّى يرجع به المشتري إلى البائع وهذا هو الوجه في توصيف الإمامعليه السلام القيمة بكونها ممّا أُخذت منه فلا يمكن منه التعدّي إلى جميع موارد الأخذ أبداً، بل الأخذ في هذا المورد يوجب الحكم برجوع المشتري إلى البائع لا مطلقاً كما لا يخفى، واستفادة العلّية من ذلك نظير استدلال الشافعية على عدم الزكاة في معلوفة الإبل بقولهصلى الله عليه وآله «في الغنم السائمة زكاة»(٢) فإنّ السوم ليس علّة للزكاة مطلقاً بل في خصوص الغنم كما لا يخفى فهو لا يدلّ على نفي الحكم عن غير موارد السوم مطلقاً ولعلّه ظاهر، هذا.

مضافاً إلى أنّ في توصيف القيمة بكونها ممّا أُخذت من المشتري فائدة أُخرى وهي أنّ قيمة الولد تختلف باختلاف الأماكن والحالات والبلدان، فإذا رجع المالك إلى المشتري بقيمة الولد فلا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بأعلى القيم المتبادلة للولد، بل إنّما يرجع إليه بخصوص القيمة التي أخذها المالك من المشتري لا بقيمة أُخرى زائدة

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٨٩/٢.

(٢) ورد مضمونه في وسائل الشيعة ١١٨/٩، الباب ٧ من أبواب زكاة الأنعام، ومستدرك الوسائل ٦٣/٧، ح ١، الباب ٦ من أبواب زكاة الأنعام.

عليها كما لا يخفى، هذا»[١].

وتبعه شيخنا الأُستاذ في عدم الدلالة وعدم العلّية بل يرى الأخير «تقييد القيمة لا توصيفها بأن يكون المتعيّن الرجوع بتلك القيمة لا قيمة الولد يوم الرجوع وقد تقرر في بحث الاصول أنّه لا دلالة في التقييد على علّة الحكم ولا يستفاد منه المفهوم»[٢].

ولكن الأُستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ يرى موثقة جميل تامة في الدلالة على ضمان البائع ورجوع المشتري إليه ولكن لا يرى التوصيف مشعراً بالعلّيّة لأنّ ظهوره في العلية منوط بثبوت مفهوم الوصف ولم يثبت عنده ـ مد ظله ـ في علم الأُصول مفهوم الوصف.[٣]

أقول: ما ذكره الأُستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ من تمامية دلالة موثقة جميل على ضمان البائع صحيح، موافقةً للشيخ الأعظم، وكذا ما ذكره في عدم تمامية إشعار الوصف بالعلية مخالفة له، فنحن في دلالة موثقة جميل تتبع قول الاستاذ المحقّق ـ مد ظله ـ في المقام.

وأمّا رِوايَتا زرارة[٤] فلم يرد فيهما رجوع المشتري إلى البائع الفضولي.

وكذلك معتبرة زُرَيق[٥] ساكتة عن حكم رجوع المشتري إلى البائع.

وقد مرّ من الشيخ الأعظم[٦] ردّاً على صاحب الحدائق[٧] أنّ عدم ورود الحكم والسكوت عنه في بعض الروايات لا ينافي ما ورد في موثقة جميل فلابدّ من الأخذ بها.

وبالجملة: حكم رجوع المشتري إلى البائع الفضولي أو الغاصب في هذا القسم ثابتٌ والحمد لله.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٩٠/٢.

(٢) إرشاد الطالب ١١٧/٤.

(٣) راجع العقد النضيد ٥٨٨/٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح ٢ و ٤.

(٥) وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١.

(٦) المكاسب ٤٩٥/٣.

(٧) الحدائق ٣٩٤/١٨.

القسم الثاني: الغرامة التي يحصل نفع للمشتري في مقابلها

فهل يرجع المشتري بها إلى البائع الفضولي أو الغاصب أم لا؟ خلاف بين الأصحاب نشأ من نقل الشيخ بأنّ فيها قَوْلَيْنِ واختار تارة بأنّ الأقوى عدم الرجوع وأُخرى بأنّ الرجوع هو الأقوى.

فقد فقال في غصب المبسوط في من غصب ثوباً: «... وأمّا الكلام في الرجوع، فإن رجع [المالك] على المشتري نظرت... وإن كان غرم ما دخل على أنّه له بغير بدل وقد حصل في مقابله نفع وهو أُجرة الخدمة، فهل يرجع بذلك على الغاصب أم لا؟ فيه قولان: أحدهما يرجع لأنّه غرم، والثاني لايرجع وهو الأقوى، لأنّه وإن غرم فقد انتفع بالاستخدام»[١].

وقال فيه أيضاً: «إذا غصب طعاماً فأطعم رجلاً... فهل يرجع الآكل على الغاصب أم لا؟ قيل فيه قولان: أحدهما يرجع لأنّه غرّه، والثاني لايرجع لأنّ التلف كان في يده فاستقرّ الضمان عليه، والأوّل أقوى»[٢].

ونقل فخُر المحقّقين[٣] والفاضلُ المقداد[٤] هذين القولين عن الشيخ.

ولكنّ القول المنسوب إلى الشيخ هو عدم الرجوع فقط في كلام العلّامة[٥] والشهيد الثاني[٦] والمحقّق السبزواري[٧] وسيّد الرياض[٨] والفاضل النراقي[٩].

---

(١) المبسوط ٧١/٣.

(٢) المبسوط ٨٨/٣.

(٣) إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

(٤) التنقيح الرائع ٧٥/٤.

(٥) مختلف الشيعة ٥٦/٥.

(٦) المسالك ٢٢٧/١٢.

(٧) الكفاية ٦٥٥/٢.

(٨) رياض المسائل ٤٧/١٤.

(٩) مستند الشيعة ٢٩٦/١٤.

ولمعرفة قائِلِي ٱلْقَوْلَيْنِ وكتبهم أذكر لك كلام السيّد العاملي في موضعين من مفتاح الكرامة، قال في متاجره: «وأمّا ما حصل له في مقابلته نفع ففي المبسوط[١] في موضع منه والخلاف[٢] وظاهر السرائر[٣] وصريح غصب كشف الرموز[٤] انّه لا يرجع به....

وفي المبسوط[٥] أيضاً والشرائع[٦] والنافع[٧] والإيضاح[٨] وشرح الإرشاد[٩] لفخرالإسلام والدروس[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢] والروضة[١٣] ومجمع البرهان[١٤] أنّه يرجع به. وبه صرّح في غصب الدروس[١٥] أيضاً والتنقيح[١٦] والمقتصر[١٧] وجامع المقاصد[١٨] ولعلّه الظاهر من غصب الشرائع[١٩] وفي

---

(١) المبسوط ٣/٧١.

(٢) الخلاف ٣/٤١٠، مسألة ٢٣.

(٣) السرائر ٢/٣٢٥.

(٤) كشف الرموز ٢/٣٨٤.

(٥) المبسوط ٣/٨٨.

(٦) الشرائع ٢/٨.

(٧) مختصر النافع /٢٥٧.

(٨) إيضاح الفوائد ١/٤٢٠ و ٤٢١.

(٩) شرح الإرشاد / مخطوطة.

(١٠) الدروس ٣/١٩٣.

(١١) جامع المقاصد ٤/٧٦ و ٧٧.

(١٢) المسالك ٣/١٦٠.

(١٣) الروضة البهية ٣/٢٣٧ و ٢٣٨.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٦٤.

(١٥) الدروس ٣/١١٥.

(١٦) التنقيح الرائع ٤/٧٥.

(١٧) المقتصر /٣٤٤.

(١٨) جامع المقاصد ٦/٣٢٦.

(١٩) الشرائع ٣/١٩٥.

التنقيح[١] أنّ عليه الفتوى.

وقد نسبه في المختلف[٢] إلى بعض علمائنا، وهو قضية إطلاق الباقين.

وفي التذكرة[٣] والإرشاد[٤] فيه قولان. ونحوهما ما في التحرير[٥] حيث قال: على قول. ولا ترجيح في غصب النافع[٦] والتبصرة[٧] والمهذّب البارع[٨] والمسالك[٩] والكفاية[١٠]. وعبارة نهاية الإحكام[١١] كعبارة الكتاب [القواعد الأحكام][١٢] حرفاً فحرفاً لكنّه قال فيها بعد ذلك: سواء حصل في مقابلته نفع كأُجرة الدار والدابة أو لا كقيمة الولد على إشكال...»[١٣].

وقال في غصبه[١٤]: «فالشيخ في الخلاف والمبسوط في موضع منه والآبي في كشف الرموز وشيخنا في الرياض[١٥] وظاهر السرائر أنّه لا يرجع للأصل ولأنّه مباشر الإتلاف....

---

(١) التنقيح الرائع ٤/ ٧٥.

(٢) مختلف الشيعة ٥/ ٥٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠/ ١٨ و ٣٤٠.

(٤) إرشاد الأذهان ١/ ٣٦١.

(٥) التحرير ٢/ ٢٧٧ و ٤٠٩.

(٦) المختصر النافع / ٢٥٧.

(٧) تبصرة المتعلّمين / ١٠٩.

(٨) المهذب البارع ٤/ ٢٥٥.

(٩) المسالك ١٢/ ٢٢٧.

(١٠) الكفاية ٢/ ٦٥٥.

(١١) نهاية الإحكام ٢/ ٤٧٨.

(١٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٩.

(١٣) مفتاح الكرامة ١٢/ ٦٣٢.

(١٤) لم أذكر مصادرها لما مرّ آنفاً إلّا ما كانت جديدة.

(١٥) رياض المسائل ١٤/ ٤٧.

والشيخ في المبسوط في موضع آخر والمحقّق في تجارة النافع[١] وظاهر تجارة الشرائع وفخرالإسلام في الإيضاح وشرح الإرشاد والشهيدان في الدروس والمسالك والروضة والمحقّق الثاني في جامع المقاصد والمقدس الأردبيلي والمصنف [العلّامة] في تجارة الكتاب [القواعد] والشهيد في غصب الدروس والمقداد وأبوالعباس في المقتصر والمحقّق الثاني في جامع المقاصد والمحقّق في ظاهر الشرائع أنّه يرجع به وفي التنقيح أنّ عليه الفتوى وهو قضية إطلاق الباقين....

ولا ترجيح في غصب النافع والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والتبصرة والمهذب البارع والمسالك والكفاية، ولا في تجارة التذكرة والتحرير ونهاية الإحكام والإرشاد»[٤].

ثمّ بعد نقل الأقوال لابدّ من البحث حول أدلة جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي أو الغاصب لأنّ الشيخ الأعظم[٥] يرى جواز الرجوع هو الأقوى.

أدلة القائلين بجواز الرجوع

الأوّل: الإجماع

يَظْهَرُ من كلام العلّامة في غصب التذكرة الإجماعُ على ضمان الغاصب دون الآكل الجاهل بالغصب لقوله فيما إذ قدّم الغاصبُ الطعام إلى الغير فأكله...: «والثانية: يستقرّ الضمان على الغاصب لأنّه غرّه وأطعمه على أن لا يضمنه، وهو الذي يقتضيه مذهبُنا»[٦].

وقد مرّ كلام الفاضل المقداد[٧] بأنّ عليه الفتوى.

وقال الفقيه المتتبع العاملي: «فالضمان على الغاصب بلا خلاف منّا فيما أجد فيما

---

(١) لم أجده في تجارة مختصر النافع.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٩/٣٣٧، مسألة ١١٢٧.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٤٢.

(٤) مفتاح الكرامة ١٨/(٣٤٣-٣٤١).

(٥) المكاسب ٣/٤٩٨.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٩/١٨٨.

(٧) التنقيح الرائع ٤/٧٥.

إذا قال: كُلْه فهذا ملكي وطعامي، أو قدّمه إليه ضيافة حتّى أكله ولم يقل إنّه مالي وطعامي أو لم يذكر شيئاً»[١].

وفيه: أوّلاً: قد عرفت الخلاف في المسألة.

وثانياً: على فرض تحقّق الإجماع أنّه مدركيٌّ فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة.

الثاني: قاعدة لا ضرر

بتقريب: انّ المشتري استوفي المنافع على أنّها ملكه فيصير مجاناً بالنسبة إليه من دون ضمان لها للغير، وبعد العلم بالفضولية أو الغصبية الحكم بضمان المشتري للمنافع المستوفاة ضرر عليه وقاعدة نفي الضرر تنفيه. «ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر»[٢].

ويرد عليه: ما أوردته آنفاً في القسم الأوّل[٣] فلا أُعيده ولعلّ لأجل ورود المناقشات عليها ذكرها الشيخ الأعظم[٤] بعنوان ٱلتَّأْيِيْدِ لا الدليل.

الثالث: قاعدة الغرور

لا شك بأنّ المشتري المستوفي لمنفعة المبيع هنا مغرورٌ والبائع الفضولي أو الغاصب غارٌّ وقد مرّت[٥] تمامية قاعدة الغرور من حيث الدليل فيما عمل به الأصحاب ومنها كتابا الغصب والبيع، فتجري القاعدة وتحكم بجواز رجوع المشتري المغرور إلى البائع الفضولي الغارّ.

نقل كلام صاحب الرياض في الإشكال على جريان قاعدة الغرور في المقام

قال سيّد الرياض‏: «(وفي) جواز (الرجوع) عليه (بما ضمن) وغرمه (من المنافع كعوض الثمرة وأُجرة السكنى تردّد) ينشأ: من مباشرته الإتلاف مع حصول نفعه في

---

(١) مفتاح الكرامة ١٨/١٠١.

(٢) المكاسب ٣/٤٩٩.

(٣) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٤.

(٤) المكاسب ٣/٤٩٩.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٧.

مقابله، وأولويّة حوالة الضمان على مباشر الإتلاف.

ومن أنّ الغاصب قد غرّه ولم يشرع على أن يضمن ذلك فكان الضمان على الغارّ، كما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً ورجع المالك على الآكل، أو غصب طعاماً فأطعمه المالك فإنّه يرجع على الغارّ.

وإلى هذا ذهب الماتن في كتاب التجارة من الشرائع، والفاضل المقداد في التنقيح.[1]

وإلى الأوّل ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، والحلي.[2] وهو أوفق بالأصل، مع عدم معلوميّة صلوح المعارض للمعارضة بناءً على عدم وضوح دليل على ترتّب الضمان على الغارّ بمجرّد الغرور وإن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفائه المنفعة في مقابلة ما غرمه. والإجماع على هذه الكلية غير ثابت بحيث يشمل نحو مفروض المسألة.

نعم ربما يتوجّه الرجوع حيث يتصوّر له الضرر بالغرور، كما إذا اُخذت منه قيمة المنافع أزيد ممّا يبذله هو في مقابلتها من غير ملكه ونحو ذلك. وكيف كان الأحوط له عدم الرجوع مطلقاً»[3].

اعترض الشيخ الأعظم[4] على سيّد الرياض

بأنّ قاعِدَتَي الغرور والضرر في المقام موجودتان:

أمّا قاعدة الغرور فَلاتفاق الفقهاء على كون المشتري مغروراً في ما نحن فيه.

وأمّا قاعدة الضرر فلأنّ إتلاف مال الغير مجاناً بسبب تغرير شخص آخر بأن يقول له كُلْ فإنّه لي ثمّ انكشف أنّه للغير وطلب ذلك الغير ماله من الآكل وأخذ منه، يوجب عدّ هذا الآكل متضرراً.

---

(١) الشرائع ٨/٢، التنقيح ٧٥/٤.

(٢) المبسوط ٧١/٣، الخلاف ٤٠١/٣، مسألة ٢٣؛ والسرائر ٣٢٥/٢.

(٣) رياض المسائل ٤٧/١٤.

(٤) المكاسب ٤٩٩/٣.

فبالنتيجة رجوع المنفعة على المشتري وَٱسْتِيْفاؤُهُ إيّاها لا يمنع من جريان قاعدة الغرور.

اعتراض آخر من صاحب الجواهر على سيّد الرياض

قال بعد نقل مقاله: «وإن كان ما ذكره لا يخلو من نظر، ضرورة عدم مدخلية التضمين بقاعدة الغرور في حصول الضرر وعدمه، بل هو من باب قوة السبب على غيره ولو مباشرة.

نعم، إنّما المُتَّجِهُ ما ذكرناه من منع تحقّق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلَّم منه ما يترتب عليه فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً كالإباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل»[١].

وقد مرّ[٢] قولهﷺ في كتاب التجارة مِن «إمكان كون بناء قاعدة الغرر على قوّة السبب من المباشر»[٣].

توضيح كلام صاحب الجواهرﷺ: قاعدة الغرور ليست مبنيّة على قاعدة الضرر حتّى يقال أنّه لا ضرر هنا، فلا تجري قاعدة الغرور. بل هي مبنيّة على قاعدة قوة السبب على المباشر، والسبب [البائع هنا] أقوى من المباشر [المشتري هنا] فيرجع المشتري على البائع بما اغترمه للمالك عوضاً من منافع المبيع التي استوفاها، لأنّه وإن كان مباشراً على الاستيفاء لكنّ البائع الذي هو السبب أقوى من المباشر [المشتري] فيرجع المشتري إلى البائع في ضمان المنافع.[٤]

---

(١) الجواهر ١٨٣/٣٧.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٣.

(٣) الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

(٤) هدى الطالب ٥٣٨/٥.

ردّ من الشيخ الأعظم على اعتراض صاحب الجواهر على سيّد الرياض

ردّ عليه أوّلاً[١]: أنّ صاحب الرياض لا يدّعي ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة لا ضرر حتّى يقال بعدم جريان الأوّل في المقام لعدم جريان الثاني لأنّ المشتري بنفسه استوفي المنافع فمن له الغنم له الغرم فهو المشتري بنفسه ضامن لما استوفاه وهذا ليس ضرراً عليه، بل يدّعي أنّ إهمال مستند قاعدة الغرور ـ أي النصوص الخاصة والإجماع ـ يقتضي الاقتصار على قدر المتيقن منهما وهو صورة الضرر لعدم دلالتهما صريحاً على ضمان البائع لجميع ما اغترمه المشتري للمالك حتّى المنافع التي استوفاه المشتري.[٢]

وثانياً[٣]: إنّ قوة السبب على المباشر بنفسها لاتصلح لأن تكون دليلاً على الضمان «إلّا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكرَه»[٤]، أو إذا أجّج النارَ في جهة هبوب الريح العاصف فأطارتها الريحُ إلى أموال الناس فأحرقت النار بعض أموالهم فحينئذ الإحراق وإن كان فعل النار ولكنّه يُستند إلى المؤجِّج الذي هو السبب، أو إذا وُضع الدهنُ الجامدُ في الشمس فذاب وأُريق فإنّ الإذابة والإراقة وإن كانتا فعل الشمس لكنّهما تُستندان إلى الواضع.

«والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً كما نُسب[٥] إلى ظاهر الأصحاب في المكرَه لكون المباشر بمنزلة الآلة»[٦].

وأمّا في غير هذه الموارد استقرار الضمان على السبب وعدم استقراره على المباشر فَيحتاج إلى دليل وَهُوَ مفقود في المقام.

فلابدّ في رفع اهمال مستند قاعدة الغرور:

---

(١) المكاسب ٣/٤٩٩.

(٢) هدى الطالب ٥/٥٣٨.

(٣) المكاسب ٣/٥٠٠.

(٤) المكاسب ٣/٥٠٠.

(٥) الناسب هو صاحب الجواهر في كتابه ٣٧/٥٧.

(٦) المكاسب ٣/٥٠٠.

[١] إمّا من الرجوع إلى قاعدة لا ضرر.

[٢] أو الاجماع المدّعىٰ في الإيضاح[١] على تقديم السبب إذا كان أقوى.

[٣] أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة ـ التي مرّت ـ وإلغاء الخصوصية منها.

[٤] أو كون الغارّ سبباً في تغريم المغرور فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته.

ثمّ بعد عدّ الوجوه الأربعة قال الشيخ الأعظم ما نصه: «ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أمّا الأخير فواضح وأمّا الأوّل فقد عرفته، وأمّا [٢] الإجماع و [٣] الأخبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة إلّا أنّ تحقّقهما في نظائر المسألة كافٍ، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملّكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً[٢] ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار[٣]، ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً»[٤].

فما ذكره صاحب الجواهرﷺ من عدم جريان قاعدة الغرور في ما نحن فيه غير تام.

وثالثاً: قاعدة الغرور تجرى في المقام كبرىً فلا يتم ما ذكره سيّد الرياض[٥] وصغرىً فلا يتم ما ذكره صاحب الجواهر[٦] «حيث عدل في ردّ مستند المشهور [وهو قاعدة الغرور] عمّا في الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى»[٧].

---

(١) إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

(٢) راجع تذكرة الفقهاء ١٨٨/١٩، ومفتاح الكرامة ١٠١/١٨.

(٣) راجع: وسائل الشيعة ٣٢٩/٢٧، ح٣، ٣٣٢/٢٧، ح ١ و ٢ كما مرّت هذه الروايات الثلاثة وغيرها في بحث نصوص قاعدة الغرور.

(٤) المكاسب ٥٠٠/٣ و ٥٠١.

(٥) رياض المسائل ٤٧/١٤.

(٦) الجواهر ١٨٣/٣٧.

(٧) المكاسب ٥٠١/٣.

وأمّا جريانها صغرىً في المقام فلأنّ «مفهوم الغرور وإن كان غير منقّح لعدم وضوح دليله إلّا أنّ المتيقن من مفهومه هو إتلاف المغرور مال الغير لا بعنوان أنّه مال الغير، بل بعنوان مال نفسه أو بعنوان مَن أباح له الإتلاف فلا يكون [المغرور] قاصداً لإتلاف مال الغير»[١]. «فيشبه المكرَه في عدم القصد»[٢].

وجه الشبه: أنّ المكرَه يكون كالآلة للمكرِه من جهة الإكراه والإجبار فلايستقل في قصد عنوان التصرف أو إتلاف مال الغير، وكذلك المغرور فإنّه وإن كان مختاراً في فعله ومستقّلاً في أصل القصد ولكنّه لجهله بالحال لا يقصد عنوان التصرف أو إتلاف مال الغير، وإنّما مقصوده التصرف في مال نفسه وهو المبيع.[٣] فهو مغرور وتجري في تضمينه قاعدة الغرور ويرجع إلى الغارّ الذي هو هنا البائع الفضولي، هذا.

مقال الأعلام الثّلاثة في ميزان النقد

أمّا ما ذكره سيّد الرياض[٤]ﭬ من ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة لا ضرر كما فهمه صاحب الجواهرﭬ أو بقاعدة لا ضرر يرفع الإهمال من مستند قاعدة الغرور كما فهمه الشيخ الأعظمﭬ فغير تام، أمّا الأوّل فَلِما مرّ منّا من عدم جريان قاعدة لا ضرر في المقام للوجهين الماضين[٥] فكيف يمكن ابتناء قاعدة الغرور عليها، وأمّا الثاني فالإهمال في قاعدة الغرور موجود كما ذكره الشيخ الأعظم ولكن كيف يمكن رفعه بقاعدة لا ضرر مع عدم جريانها في المقام كما مرّ ومع أنّ في أغلب فروض قاعدة الغرور الضرر موجود فليس هذه بقدر المتيقن منها كما ادعاه الشيخ الأعظمﭬ.

وأمّا ما ذكره صاحب الجواهرﭬ من أنّ قاعدة الغرور مبنيّةٌ على قاعدة قوة السبب

---

(١) هدى الطالب ٥/٥٤٩.

(٢) المكاسب ٣/٥٠١.

(٣) راجع حاشية المكاسب للمحقّق الأصفهاني ٢/٣٠٦.

(٤) رياض المسائل ١٤/٤٧.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٤.

على المباشر فأيضاً غير تام لما مرّ[١] من عدم جريان قاعدة قوة السبب على المباشر في المقام فكيف يمكن ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة لا تجري في المقام؟!

نعم، لو ضمنا ما ذكره صاحب الجواهر في كتاب الغصب[٢] بما ذكره في كتاب التجارة[٣] وقلنا بأنّ النتيجة تابعة لأخص المقدمات فيرجع كلامه إلى إمكان ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة قوة السبب على المباشر ومن المعلوم أنّ الإمكان غير الابتناء في نفس الأمر، فافهم.

مضافاً إلى تضمين الولي المدلِّس المهر في النكاح الذي دخل بها الزوج كما في النصوص الماضية كيف يجمع مع قاعدة قوة السبب على المباشر؟!

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظم[٤] من إهمال مستند قاعدة الغرور فتام ولكن لا أدرى كيف يتمكن هو من رفع هذا الإهمال بقاعدة لا ضرر التي لا تجري في موارد قاعدة الغرور أو بالإجماع المنقول الذي ليس بحجة ويحتمل فيه انّه مدركيٌّ كما مرّ[٥]؟!

ولم يذكر وجه رفع الإهمال بالوجه الثالث الذي ذكره وهو الأخبار الواردة في الموارد المختلفة وإلغاء الخصوصية منها وإذا بلغ النوبة بها في كلامه انتقل إلى الوجه الرابع والشاهد الزور فكانّه ذكر رفع الإهمال بشاهد الزور مرّتين تارة في أوّل كلامه بأنّه واضح وأُخرى في آخر كلامه من قوله: «رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار»[٦].

ومن المعلوم أنّ ما ذكره من الوجه الثالث والرابع هما بعينهما الروايات الواردة

(١) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٤.
(٢) الجواهر ١٨٣/٣٧.
(٣) الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).
(٤) المكاسب ٤٩٩/٣.
(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢٢٢.
(٦) المكاسب ٥٠١/٣.

حول قاعدة الغرور والنصوص المستفادة منها قاعدة الغرور[١] فكيف يريد الشيخ الأعظم رفع إهمال هذه الروايات بأنفسها؟!

نعم، الإهمال موجود في روايات قاعدة الغرور ولايمكن إلغاء الخصوصية منها وَتَسْرِيَتُها إلى جميع موارد الغرور اللغوي أو العرفي، وقد مرّ[٢] منّا بأنّا نرفع هذا الإهمال بعمل الأصحاب ونجري قاعدة الغرور في ما أجراها أصحابنا ـ قدس الله أسرارهم ـ في كتب البيع والغصب والنكاح والشهادات، وفي كل مورد ومسألة تمسك الأصحاب بها، وهذا ما عندنا في نقد مقال الأعلام ٱلثّلاثة إجمالاً وحلّ إشكال الإهمال في مستند قاعدة الغرور والحمد لله.

الرابع: موثقة جميل[٣] الماضية

استدلّ بها جدي الشيخ جعفرﷺ وقال: «وفي خبر جميل دلالة عليه»[٤].

وتبعه تلاميذه أصحاب مفتاح الكرامة[٥] وكشف الظلام[٦] والجواهر[٧]، قال في الأخير: «وفي شرح الأُستاذ أنّ في خبر جميل دلالة عليه».

قال الشيخ الأعظم: «بناءً على أنّ حريّة الولد منفعة راجعة إلى المشتري وهو الذي ذكره المحقّق احتمالاً في الشرائع[٨] في باب الغصب بناءً على تفسير المسالك[٩] وفيه تأمل»[١٠].

---

(١) مرّت في هذا المجلد صفحة ٢٠٧ وما بعدها.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠٥/٢١، ح٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) شرح القواعد ١٠٢/٢.

(٥) مفتاح الكرامة ٦٣٤/١٢.

(٦) كشف الظلام، مخطوط، نقل عنه في هدى الطالب ٥٥٣/٥.

(٧) الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠١/٢٢).

(٨) الشرائع ١٩٥/٣.

(٩) المسالك ٢٢٨/١٢.

(١٠) المكاسب ٥٠١/٣.

أقول: تأمّل الشيخ الأعظم في دلالة موثقة جميل لأنّه[١] يرى الولد نماءً للجارية ولكنّه لم يستوفه المشتري فلا تدل الموثقة على القسم الثاني وهو المنافع المستوفاة.

والعجب من المحقّق المُرَوِّج[٢] تبعاً للفاضل المامقاني[٣] ـ في احتماله الأوّل ـ حيث اُحْتَمَلَ رجوع تأمل الشيخ الأعظم تارة إلى ما اُحْتَمَلَهُ صاحب المسالك[٤] واُخرى إلى ما احتمله صاحب الجواهر[٥] في قول المحقّق «وفيه احتمال آخر»[٦].

ووجه التعجب واضح لانّ الشيخ الأعظم لم يذكر مقالة صاحب الجواهر أصلاً فكيف يمكن رجوع التأمل إليها ولأنّ المحقّق قال في غصب الشرائع: «... وما يغترمه المشتري ممّا لم يحصل له في مقابلته نفعٌ كالنفقة والعمارة فله الرجوع به على البائع، ولو اولدها المشتري كان حرّاً وغُرم قيمة الولد ويَرْجِعُ بها على البائع، وقيل في هذه: له مطالبة أيّهما شاء. لكن لو طالب المشتري رجع على البائع. ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري وفيه احتمال آخر. وأمّا ما حصل للمشتري في مقابلته نفع...»[٧].

قال الشهيد الثاني في ذكر احتمال آخر: «ويحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر لأنّ نفع حرّيّة الولد يعود إليه. وهذا هو الاحتمال الذي أشار إليه فيجرى فيه الوجهان إلّا أنّ الأشهر الأوّل»[٨].

وقال صاحب الجواهر في ذيل احتمال آخر: «ويمكن أن يريد به احتمال عدم

---

(١) راجع المكاسب ١٨١/٣.

(٢) هدى الطالب ٥٥٥/٥.

(٣) غاية الآمال ٢٥٢/٦ طبع النجف الأشرف بتحقيق آيةالله الشيخ محمّدامين المامقاني ـ مدظله ـ

(٤) المسالك ٢٢٨/١٢.

(٥) الجواهر ١٨٢/٣٧.

(٦) الشرائع ١٩٥/٣.

(٧) الشرائع ١٩٥/٣.

(٨) المسالك ٢٢٨/١٢.

التخيير بل يتعيّن رجوع المالك ابتداءً على البائع بناءً على كونه الغار نحو ما سمعته فيمن قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله، والأمر سهل خصوصاً بعد ما عرفت من أنّ الأصح في تلك التخيير»[1].

أقول: الظاهر أنّ تأمل الشيخ الأعظم[2] كما يمكن أن يرجع إلى احتمال المسالك، يمكن أن يرجع إلى أصل دلالة مُوَثَّقةِ جميل على المنافع ٱلْمُسْتَوْفاةِ لأنّه يرى الولد نماءً للجارية لم يستوفه المشترى[3]، ولكنّ قد مرّ[4] منّا صدق المنفعة عليه حقيقةً وَعُـرْفاً مضافاً إلى تعبير الإمامعليه السلام في خبر زرارة بأنّه منفعة حيث قالعليه السلام: ... يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما أنتفع.[5] فدلالة موثقة جميل على تضمين البائع الفضولي، المنافع المستوفاة مع توسط المشتري تامَّةٌ كما عليه الأعلام الأربعة ٱلْماضُوْن.

ومن هنا ظهر أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضولي أو الغاصب في المنافع التي استوفاه والدليل عليه قاعدة الغرور وموثقة جميل والحمد لله الجليل الدليل.

تنبيه: تفصيل من السيّد الخوئيرحمه الله في المقام

ممّا ذكرنا من رجوع المشتري إلى البائع الفضولي في المنافع التي لَـمْ يَسْـتَوْفِها والتي استوفاها يظهر عدم تمامية تفصيل السيّد الخوئيقدس سره وتبعية شيخنا الأُستاذ[6]رحمه الله له.

قال المحقّق السيّد الخوئي: «المنافع التي يرجع المالك فيها إلى المشتري يمكن أن تكون على قسمين: لأنّها تارة تكون ممّا استولىٰ عليها البائع أيضاً يتبع استيلاؤه على العين كسكنى الدار مثلاً فإنّ حيثية السكنىٰ من منافع الدار التابعة لها في الملكية والاستيلاء، فليستولي عليها بالاستيلاء على عين الدار فإذا فرضنا استيلاء البائع على

---

(١) الجواهر ١٨٢/٣٧.

(٢) المكاسب ٥٠١/٣.

(٣) المكاسب ١٨١/٣.

(٤) راجع الآراء الفقهية ٣٠١/٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح٢.

(٦) إرشاد الطالب ١٢٤/٤ و ١٢٥.

الدار أوّلاً ثمّ باعها على المشتري فقد استولى البائع أيضاً على تلك المنفعة.

وأُخرىٰ لايكون كذلك ولم تدخل تحت استيلاء البائع أصلاً كالمنافع العينية التي تجددت للعين بعد دخولها تحت يد المشتري ولم تكن موجودة حين استيلاء البائع عليها كالثمرة واللبن ونحوهما، فإنّ البائع لم يستول عليها ولم يضمنها.

(أما القسم الثاني) فليس للمالك الرجوع فيه إلى البائع أصلاً، لعدم دخول تلك المنافع تحت يده ليكون ضامناً له كما أنّه ليس بمتلف لها، فإذا رجع بها المالك إلى المشتري ليس له الرجوع إلى البائع لعدم الدليل على ما عرفت.

وأما القسم الأوّل فللمالك أن يرجع إلى كلٍّ من البائع والمشتري، لأنّ كلاً منهما ضامن لها، فيقع الكلام في انه إذا رجع إلى البائع فهل له الرجوع إلى المشتري، أو إذا رجع إلى المشتري فهل للمشتري أن يرجع إلى البائع أو ليس له ذلك؟

فنقول: سيأتي إن شاء الله تعالى في باب تعاقب الأيادي تصوير ضمان أشخاص عديدة لمال واحد إمّا بنحو الواجب الكفائي وإمّا بنحو اشتغال ذمة الجميع وسرّ الضمان أنَّ الوجه في رجوع السابق إلى اللاحق بعد ما رجع إليه المالك هو أن الغاصب أو مَنْ بحُكْمِهِ يملك المال بقاءً بعد أداء مثله أو قيمته بالسيرة العقلائية وتسالم الأصحاب، ولذا لو فرضنا أن أحداً أتلف زولية مِنْ غيره أو تلف تحت يده فأخذ منه المالك قيمته ليس له أن يطالبه بالأجزاء الصغار الباقية منها، خلافاً؛ للمصنف [الشيخ الأعظم] حيث اختار جواز رجوعه إليه، فمقتضى ذلك جواز رجوع البائع إلى المشتري إن رجع إليه المالك، إلّا أنّ في المقام خصوصية، وهي أنّه إذا قَدَّمَ أحد طعام نفسه الذي هو ملكه حدوثاً واقعاً بعنوان أنّه له ليأكله مع اعتقاده أنّه ليس له فأكله وبعد ذلك علم أنّه كان ملكاً له واقعاً ليس له الرجوع إلى الآكل ببدله، وهذا موافق للسيرة ومورد تسالم الفقهاء أيضاً. وأمّا عكسه ــ أي إذا قَدَّمَ مال الآكل واقعاً إليه بعنوان أنّه ملْكٌ له لا للآكل كما إذا ذبح شاة الغير وقَدَّمَها إليه بعنوان أنّه لا للآكل فأكلها الآكل إذا علم بذلك أن يرجع إلى المقدِّم، وهذا أيضاً موافق للسيرة ومورد للتسالم. ولا فرق في كلا الموردين بين الملك حدوثاً وبقاءً.

وعليه ففيما نحن فيه إذا رجع المالك إلى البائع فَلَيْسَ له الرجوع إلى المشتري،

لأنّه مِن قبيل مَنْ قدَّم ملك نفسه حدوثاً إلى غيره ليأكله بعنوان أنّه ملكه مع اعتقاده بأنه ليس له، بل لا فرق بينهما إلّا في كون المال ملكاً له حدوثاً في الفرض وبقاءً فيما نحن فيه، وقد عرفت أنّه لا يوجب فرقاً من حيث الضمان وعدمه وأمّا إذا رجع المالك إلى المشتري فله أن يرجع إلى البائع لأنّه قدَّم إليه مال نفسه بقاءً بعنوان أنّه له فيكون ضامناً له، كما كان ضامناً في فرض كونه مالاً له حدوثاً فالصحيح في المقام هو التفصيل كما ذكرنا.

وممّا بيّناه ظهر الحال في المنافع المستوفاة أيضاً، فإنّ في مورد رجوع المشتري إلى البائع في المنافع غير المستوفاة يكون الرجوع إليه في المستوفاة ثابتاً بالأولوية وفي مورد عدم رجوعه إليه لا يفرّق بين المستوفاة وغيره كما هو ظاهر»[١].

القسم الثالث (أ): الغرامة التي يَغْتَرِمُها المشتري في قبال العين

الغرامة التي يَغْتَرِمُها المشتري للمالك في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري نحو: لو باع الفضولي ما يقدّم بالعشرين بالعشرة، فتلف المال في يد المشتري وأخذ المالك القيمة أي العشرين من المشتري فحينئذ المشتري لا يرجع إلى البائع بالعشرة الأُولىٰ التي أعطاها في الثمن المسمىٰ لأنّها غرامة تقتضيها المعاوضة والمعاملة التي أقدم المشتري عليها ولا تستند إلى البائع الفضولي فلا يتحمّلها، ولكن العشرة الثانية الزائدة على الثمن المسمىٰ فهي تنشأ من كذب البائع لأنّه غارٌّ بالنسبة إليها والمشتري مغرور فيرجع المشتري إليه هذا هو مختار الشيخ الأعظم[٢] ثمّ تعرّض لإشكال ودفعه، قبل ذلك أذكر لك خلاف الأعلام في المقام.

قال العلّامة في غصب القواعد: «ويغرّم [المشتري] قيمة العين إذا تلف ولا يرجع»[٣].

وقال السيّد العاملي في ذيله: «أي وإن كان جاهلاً لأنّه إنّما دخل على كونها مضمونة فلا غرور بالنسبة إليها مع جهله. وقال في جامع المقاصد: «هذا إنّما يستقيم

---

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/(٤٨٥-٤٨٣).

(٢) المكاسب ٣/٥٠٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢/٢٣٧.

بالنسبة إلى ما قابل الثمن فلو زادت العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد لدخوله على أنّه في حكم ما لا عوض له فيتحقّق الغرور»[١].

قلت: وهو خيرة ولده في شرح الإرشاد[٢] والشهيدين[٣] وغيرهم[٤] في باب البيع.

وقد استشكل هو [العلّامة][٥] فيه في موضع من باب البيع وولده في الإيضاح[٦] وفي التذكرة[٧] في الباب. وقد يلوح أو يظهر منه القول بالرجوع. وجزم في موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو ظاهره هنا كما بيّنّاه في باب البيع الفضولي والقسم الرابع من أقسام البيع المحظور من المكاسب وغيرهما»[٨].

إشكال في ضمان البائع بالنسبة إلى الزائد على الثمن المسمى

أصل الإشكال من العلّامة الحلّي في بعض كتبه وتبعه ولده في الإيضاح[٩] وأنقل لك كلامه‏ حتّى يتبيّن الإشكال.

قال: «إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، ولا يضمن الزيادة التي كانت في يد الغاصب إن كانت في يده أكثر قيمةً، ولا يرجع بما يضمنه، عالماً كان أو جاهلاً؛ لأنّ الشراء عقد ضمانٍ، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً.

ولقائلٍ أن يقول: إن كان المراد من كونه عقدَ ضمانٍ أنّه إذا تلف المبيع عنده تلف

---

(١) جامع المقاصد ٣٢٠/٦.

(٢) شرح الإرشاد، مخطوط.

(٣) الدروس ١٩٣/٣، المسالك ١٦١/٣.

(٤) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧١/٤.

(٥) إرشاد الاذهان ٣٦١/١.

(٦) إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

(٧) تذكرة الفقهاء ٣٣٥/١٩، مسألة ١١٢٥.

(٨) مفتاح الكرامة ٣٤٠/١٨.

(٩) إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

من ماله، ويستقرّ عليه الثمن، فهذا صحيح، لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، ومعلومٌ أنّه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف، فكان الغاصب مُغرّراً مُوقعاً إيّاه في خطر الضمان، فليرجع عليه.

وإن كان المراد غيره، فلِمَ قلتم: إنّ الشراء عقد ضمانٍ على تفسيرٍ آخَر؟

وربما انساق هذا الإشكال إلى ما حكي عن بعض الشافعيّة: أنّه يرجع من المغروم بمازاد على قدر الثمن، سواء اشتراه رخيصاً في الابتداء [أم] زادت القيمة بعد الشراء، فإنّه إذا رجع بما زاد على الثمن واستردّ الثمن لم يلحقه ضرر»[1].

وقد ورد هذا البيان في كلام ثاني الشهيدين حيث يقول: «ثمّ إن كان عوض العين بقدر الثمن فذلك. وإن كان أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً، ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، وهو يقتضي كون الزائد عليه في معنى التبرّع به وإعطائه إيّاه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به.

وهذا قويّ. ولا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقرّ عليه الثمن فهذا مسلّم، ولكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذاً بعوضه والباقي سالم[2] له بغير عوض، فكان الغاصب مغرّراً موقعاً إيّاه في خطر الضمان فليرجع عليه. وإن كان المراد غيره فلم قلتم: إن الشراء عقد ضمان مطلقاً؟

وحينئذٍ، فإن رجع المالك على المشتري جاهلاً بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن. وإن رجع به على الغاصب رجع به على المشتري. وإن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب. وإن رجع بها على

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٩/٣٣٥ و ٣٣٦، مسألة ١١٢٥.

(٢) في نسخة: سالماً.

الغاصب لم يرجع بها على المشتري»[١].

أقول: أنت ترى بأنّ ما ذكره العلّامةﷺ بعنوان «لقائل أن يقول» يراه الشهيد الثانيﷺ هو الأقوى ونقله صاحب الجواهر ـ طاب ثراه ـ بتمامه في كتابه.[٢]

وحاصل الإشكال: إنّ المشتري أقدم على ضمان العين التالفة بالثمن المسمىٰ ولكن حيث لم يمض الشارع البيع للفضولية وعدم قبول المالك أو للغصبية انتقل الضمان من الثمن المسمىٰ إلى ثَمَنِ المِثْل والقيمة السوقية كما هو شأن كلّ معاملة فاسدة. ومع اقدام المشتري على الضمان المعاملي لا تتحقّق قاعدة الغرور فلا يمكن رجوع المشتري إلى البائع بالثمن الزائد على الثمن المسمىٰ.

وقد **أجاب الشيخ الأعظم**[٣] عن هذا الاشكال بِأَنَّ:

قبض المشتري في البيع الفاسد يقتضي انتقال الضمان المعاملي من الثمن المُسَمّىٰ إلى ثمن المثل والقيمة السوقية والانتقال يتحقّق إذا لم يكن مانع في البين والمانع موجود هنا وهو إقدام المشتري على الثمن المسمىٰ فقط دون الزائد عليه وبالنسبة إلى مازاد عليه، المشتري مغرور يرجع إلى البائع الغارّ بمقتضىٰ قاعدة الغرور.

لا يقال: المشتري بنفسه أقدم على الضمان المعاوضي، فهذا الاقدام يستلزم أنّ قيمة العين التالفة عليه بما فيها الزائد على الثمن المسمىٰ.

لأنّا نقول: المشتري أقدم على البيع بالثمن المسمىٰ فقط لأنّه جاهل بالفضولية أو الغصبية على الفرض، فلم يقدم على ضمان قيمة العين التالفة بما فيها الزائد، فهذا الزائد لم يستقر عليه، بل بقاعدة الغرور يستقر على البائع الفضولي أو الغاصب.

وبعبارة أُخرى: الموجِب للضمان هنا هو جعل المشتري يده على العين وتلفها في يده فهو ضامن لقيمتها بالقيمة السوقية بما فيها الزائد ولكنّه بالنسبة إلى الزائد مغرور فيرجع إلى غارّه البائع.

---

(١) المسالك ١٢/٢٢٥.

(٢) الجواهر ٣٧/١٧٩.

(٣) راجع المكاسب ٣/٥٠٣.

مُضافاً إلى أنّ جريان قاعدة الغرور هنا أُولى من جريانها في القسم الثاني وهـو المنافع المستوفاة توسط المشتري، إذ مع فرض جريانها في المنافع المستوفاة فبطريق أُولى تجرى هنا حيث لم يصل إلىٰ المشتري في مقابل الغرامة نفع إلى المشتري. «هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد»(١).

وإذا تجددت الزيادة بعد العقد بحيث ترتفع القيمة السوقية بـعد العـقد فـالحكم برجوع المشتري بالنسبة إليها إلى البائع الفضولي والغاصب أُولى من الزيادة المـوجودة حتّى العقد لأنّ إقدام المشتري يكون على الثمن المسمى الذي يساوي الثمن المثل حين العقد فقط ولم يقدم على الزائد فيكون مغروراً بالنسبة إليها فيرجع إلى غارّه البائع.

ثمّ لا ينقضي تعجبي من المحقّق السيّد الخوئي﴿ حيث لا يرى قاعدة الغرور تامّةً ويعمل بالروايات الخاصة من باب النص والتعبد وقال: «ولا يمكن التعدي عنها»(٢) أو قال: «إنّ قاعدة الغرور ممّا لا أساس له»(٣)، فكيف يعمل بقاعدة الغرور في المقام وقال: «والحاصل: إنّ مقتضى القاعدة عدم رجوع المشتري إلى البائع فيما يرجع إليه المـالك مطلقاً، لأنّ التلف يكون تحت يده فيكون وَلد الضمان عليه، إلّا إنّا خـرجـنا عـن ذلك بالسيرة فيما إذا كان في غير الثمن المسمى فيما إذا كان البائع غاراً للمشترى»(٤). فيرى البائع غاراً للمشتري فيجرى قاعدة الغرور.

وأصرح منه كلامه الآخر: «ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه سابقاً من أنّ المشتري يرجع على البائع في موارد الغرور بخلاف البائع فإنّه لا يرجع على المشتري لأنّه قد غرّه وأتلف المال عليه إنّما هو فيما إذا كانت الغرامة المتوجهة إلى المشتري مستندة إلى إغراء البائع إيّاه وكذبه في دعوى المالكية...»(٥). وسبحان من لا يسهو.

---

(١) المكاسب ٣/٥٠٣.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٨٢.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٩٥.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٨٧.

(٥) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٩٧.

القسم الثالث (ب): ما يغرمه المشتري في قبال الجزء التالف

يظهر حكم الجزء أو الأجزاء التالفة ممّا ذكرناه وأنّ المالك يسترجع ما بقي من عين ماله وفي الأجزاء التالفة رجع بقيمتها على المشتري الذي تلفت الأجزاء عنده، والمشتري يرجع إلى البائع الفضولي أو الغاصب في الزائد من الثمن المسمى الذي يقابلها، لأنّه مغرور و البائع غارّ. هذا كلّه إذا كان الجزء ممّا يقسّط عليه الثمن كما بيع كتابين تلف أحدهما.

وأمّا إذا كان الجزء ممّا لا يقسّط عليه الثمن «فحكمه حكم الوصف، حيث يعدّ المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً، ويكون في الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع [كما يأتى آنفاً] لأنّ كلاً من البائع والمشتري ضامن للوصف بضمان اليد، ويكون غروره موجباً لقراره على البائع من غير أن يكون من المشتري إقدامٌ على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى»[١].

ولذا قال الشيخ الأعظم: «وأمّا ما يغرمه [المشتري] بإزاء أجزائه [أي المبيع] التالفة فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع في أنّه [أي المشتري] يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء [أي في الزائد على الثمن المسمى]، لا فيما يقابله»[٢].

أي ما يقابل الزائد على الثمن المسمى مع الثمن المسمىٰ = كلّ ثمن الجزء التالف.

القسم الثالث (ج): ما يغرمه المشتري في قبال تلف الوصف

وأمّا الأوصاف التالفة فقد فصّل الشيخ الأعظم[٣]ﷺ بين ما إذا كان الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن ـ كوصف الصحة ـ يثبت له حكم الجزء التالف فيتدارك الوصف الفائت باسترداد ما قابله من الثمن.

وإن كان الوصف ممّا لايقسّط عليه الثمن رجع المشتري بغرامته إلى البائع، لأنّ المشتري لم يقدم على ضمان الأُوصاف حتّى لا يرجع بغرامته إلى البائع.

---

(١) إرشاد الطالب ١٢٩/٤.

(٢) المكاسب ٥٠٣/٣.

(٣) المكاسب ٥٠٤/٣.

واعترض المحقّق النائيني على هذا التفصيل وقال: «ولكن الحقّ أنّ الأوصاف مطلقاً لا يقسّط عليها الثمن كالشروط، ولا ينافي ذلك ما يقال: إنّ للوصف أو الشرط قسطاً من الثمن، لأنّ معناه: أنّ قيمة العين تزداد بالوصف أو الشرط، لا أنّ مقداراً من الثمن في الإنشاء العقدي يقابل الوصف أو الشرط. وهذا لا ينافي ثبوت الخيار بين الردّ والأرش في العيب لما سيجيء في باب العيب: أنّ الأرش ثابت بالتعبد لا من باب أنّ الثمن يقسّط على الوصف والموصوف، وإلّا وجب أن يكون الأرش من نفس الثمن»(١).

وأضاف تلميذه السيّد الخوئي: «ومن أجل ذلك إذا كانت العين معيبة ولم يَعْلَمْ بها المشتري إلى آخر الأبد لا يجب على البائع دفع قيمة العيب والأرش وإنّما يجب عند المطالبة، والأرش إنّما يثبت بدليل آخر عند المطالبة كما عرفت»(٢).

وتبعهما شيخنا الأُستاذ ﷺ.(٣)

حكم ما يغترمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسداً من غير جهة الفضولية

ذهب الشيخ الأعظم(٤) إلى أنّ مورد رجوع المشتري إلى البائع بالغرامات هو البيع الذي يكون فساده من ناحية عدم مالكية البائع للمبيع من جهة الفضولية أو الغصبية، وَمِنْ هاتَيْنِ ٱلجِهَتَيْنِ يتحقّق الغرور فيرجع المشتري المغرور إلى البائع الغار.

وأمّا إذا كان البيع فاسداً من جهة أُخرى كربوية المعاملة أو غررية البيع أو مجهولية المبيع ونحوها فلا يرجع المشتري في الغرامات إلى البائع لعدم تسببها إلى البائع وإلى كذب دعواه في المالكية بل الغرامات تسبب عن بطلان المعاملة لتلك الجهة الأُخرىٰ ويد المشتري العادية التي لم تنشأ من سبب صحيح شرعي فلا يتم رجوع المشتري إلى البائع.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه،

---

(١) منية الطالب ١٧٨/٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٩٧/٢.

(٣) إرشاد الطالب ١٣٠/٤.

(٤) المكاسب ٥٠٤/٣.

فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه»[١].

قاعدة كلّيّة: في رجوع المشتري إلى البائع الفضول أو الغاصب

كلّ ما يغترمه المشتري للمالك، يرجع المشتري به إلى البائع لقاعدة الغرور، ويستقر الضمان على البائع.

وأمّا في هذه الموارد فَإِنَّهُ إذا رجع المالك إلى البائع لم يرجع البائع إلى المشتري لأنّه مغرور والبائع غار والضمان يستقر على الغار.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «أنّ كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رُجع عليه لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع»[٢].

وأمّا إذا تلف المبيع في يد المشتري فقد مرّ أنّه ضمان لقيمته بالثمن المسمى ثمّ إذا رجع المالك إلى البائع وتكون القيمة السوقية أكثر من الثمن المسمى يأخذ القيمة للسوقية من المالك والمالك يرجع بالثمن المسمى إلى المشتري لأنّ المبيع في يده، ولذا قال الشيخ الأعظم: «وأمّا ما لا يرجع المشتري به على البائع ـ كمساوى الثمن من القيمة [الثمن المسمى] فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده»[٣].

إشكال من الشيخ الأعظم على نفسه

ثمّ أورد على نفسه[٤] بأنّ علّة الضمان وهي اليد العدوانية مشتركة بين البائع والمشتري ولذا يجوز رجوع المالك إلى أيّهما شاء ولكن «حصول التلف في يد المشتري لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه، نعم لو أتلف بفعله رجع، لكونه [إتلاف

---

(١) المكاسب ٣/٥٠٤.

(٢) المكاسب ٣/٥٠٤.

(٣) المكاسب ٣/٥٠٥.

(٤) المكاسب ٣/٥٠٥.

المشترى] سبباً لتنجّز الضمان على السابق»(١). وهو البائع.

وبعبارة أُخرى: الإشكال يفرّق بين إتلاف المشتري المبيع وتلفه في يده، فذهب في الأوّل إلى أنّ الإتلاف يوجب رجوع البائع في الثمن المسمى إلى المشتري المتلف والإتلاف سبب لفعلية الضمان على البائع، لأنّ المشتري لو لم يتلفه يمكن رجوع العين إلى مالكها ولكن بعد الإتلاف ذمّة البائع مشغولة بالقيمة السوقية وذمة المشتري بالثمن المسمى كما مرّ.

وأمّا الثاني وهو التلف في يد المشتري فلا يوجب رجوع البائع إلى المشتري، لأنّه ليس بمتلِفٍ بل العين تلفت في يده من باب الاتفاق فلا يستقر الضمان عليه لخروجه من قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن لأنّ المشتري حينئذ ليس بمتلفٍ.

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لحلّ هذا الاشكال إلى بحث مُهِمٍّ ولذا قال: «توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف من كيفية اشتغال ذمّة كلّ من اليدين ببدل التالف وصيرورته في عهدة كل منهما مع أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمّة واحدة وأنّ الموصول في قولهﷺ: «على اليد ما أخذت» شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيادي المتعددة؟»(٢).

ومن هذه الجهة تعرض لبحث تعاقب الأيدي(٣).

---

(١) المكاسب ٣/٥٠٥.

(٢) المكاسب ٣/٥٠٥.

(٣) أكثر من تُطلق الأيادي علىٰ النِّعم وقد تستعمل قليلاً جمعاً لليد وقد تأتي قليلاً جَمْعُ الجمع. أما جمع اليد الذي لا غبار عليه فهو الأيدي.

وَصْلُ:

تعاقب الأيدي

تعاقب الأيدي

في هذا البحث مشكلة مُهِمَّةٌ لابدّ من حلّها، وهي:

المشكلة: كيف يعقل ضمان أشخاص لمال واحد بالاستقلال في آنٍ واحد بحيث تكون عهدة كلٍّ منهم ظرفاً للمال والمال في ذمة كلٍّ منهم على نحو التكاليف الاستقلالية؟ مع إنّا نعلم بأنّ الذمّة والعهدة في وعاء الاعتبار كالأين الخارجي فكما لا يمكن استقرار شيءٍ خارجيٍ في زمان واحد في المكانين فكذلك لا يمكن استقرار مال واحد لشخص واحد في ذمّة أشخاص متعددين في آنٍ واحد.

وهذا هو بعينه الضمان العَرْضي الذي يقول به أكثر العامة في بحث ضمان الدين عن المديون لأنّهم يقولون بأنّ الضمان ضمّ ذمّةٍ إلى ذمّة أُخرىٰ، خلافاً؛ لما يقول به الخاصة وبعض العامة من أنّ الضمان هو نقل الدين عن ذمّة المديون إلى ذمّة الضامن وهذا هو الضمان الطولي.

ثمّ بعد استحالة عدم إمكان تحقّق الضمان العَرْضي في مقام الثبوت لابدّ من توجيه ما يدلّ عليه في مقام الإثبات وحمله على الضمان الطولي الممكن.

وبعبارة أخرىٰ: دليل الضمان في اليد العادية هوا لنبوي الشريف: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدي»[1] والمراد بـ«ما» الموصولة هو المبيع الشخصي الواحد، وليس

---

(١) عوالي اللآلي ١/٢٢٤، ح١٠٦، ١/٣٨٩، ح٢٢، وقد مرّت مصادره في الآراء الفقهية ٤/٢٩٢.

للواحد الشخصي إلّا بدل واحد، فكيف يتعدد هذا الواحد باستقراره في ذمّم متعددة؟[١]

ثمّ الفقهاء من الأصحاب ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ تعرضوا لحلّ هذا الإشكال بأجوبة متعددة، وقد ذكر الشيخ الأعظمﷺ مختاره في الجواب.

حلّ الشيخ الأعظم[٢] عن المشكلة

أجاب عن الإشكال بما حاصله: ضامن أشخاص متعددة لمال واحد معناه اشتغال ذمّة كلّ واحد منهم بالمال على البدل بحيث لو خرج واحد منهم عن هذا الاشتغال سقط ذمّم الكل، وإن لم يخرج ذمم الكل مشغولة، نظير الواجب الكفائي في الأحكام التكليفية حيث أنّ المطلوب فيه واحدٌ ولكن المطلوب منه متعدداً فكذلك يمكن أن يكون المال واحداً وضمانه متعدداً.

وقال الشيخ الأعظم ما نصه: «فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدتها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدٍ متعدّدة يكون العين الواحدة في عهدة كلٍّ من الأيادي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدات المتعدّدة معناه: لزوم خروج كلٍّ منها عن العهدة عند تلفه، وحيث إنّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلّط المالك على مطالبة كلٍّ منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمّة كلٍّ منهم على البدل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها سقط الباقي؛ لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأنّ المُتَدَارَك لا يتدارك.

والوجه في سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقي: أنّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المُبْدَل ولا بدله، فأيّها حصل في يده لم يبقَ له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمّة واحدة لم يكن بعنوان البدليّة، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ويتحقّق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدلية، ويستحيل اتّصاف شيء منها بالبدليّة بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التالف واصلاً إلى المالك»[٣].

---

(١) راجع المكاسب ٣/٥٠٥.

(٢) راجع المكاسب ٣/٥٠٥.

(٣) المكاسب ٣/(٥٠٧-٥٠٥).

ويرى الفقيه السيّد اليزدي هذا المقال هو التحقيق في المسألة إذ قال: «هذا هـو التحقيق، ولا اشكال في تصويره ومعقوليته كما في التكاليف؛ إذ لا فـرق بـين الوضـع والتكليف في ذلك، بل يمكن عكسه أيضاً، وهو كون المالك أشخاصاً متعددة على سبيل البدل، مع كون المملوك واحداً، كما في مالكية السادة والفقراء للخمس والزكاة، وكما في مالكية كلّ واحدٍ من الورثة لحقِّ الخيار الثابت للمورث بناءً على أحد الأقوال، من أنَّ كلاً منهم مستقل في مالكية الخيار، وممّا يناسب المقام حرية أحد العبيد إذا أوصـى بـعتق واحد من عبيده، ولذا يسترج بالقرعة.

وبالجملة: لا مانع من اشتغال ذمم عديدة لمال واحد على سبيل البدل»[1].

وتبعهما المحقّق السيّد الخوئي[2] كما يأتي بيانه في نقد أُستاذه النائيني.

ثمّ تصدى الشيخ الأعظم لتقريب جوابه في حلّ الإشكال وردّ النقود عليه بذكر عدّة من الأشباه والنظائر من أبواب المعاملات والعبادات:

١ـ ضمان المال على مسلك العامة حيث أنّه ضمّ ذمة إلى ذمّة أُخرى عندهم[3]

قال العلّامة في ضمان تذكرة الفقهاء: «الضمان عندنا ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فللمضمون له مطالبة الضامن بالمال وليس له مطالبة المضمون عنه، عند علمائنا أجمع ـ وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور[4]... وقـال عـامّة الفقهاء ـ كالثوري والشافعي وأحمد وأسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأى: إنّ المـضمون عنه لا يبرأ من المال وللمضمون له مطالبة من شاء من الضامن ومن المضمون عنه...»[5].

---

(١) حاشية المكاسب ٣٠٦/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٩١/٢، التنقيح في شرح المكاسب ١٠٣/٢، مصباح الفقاهة ٣٧٣/٤.

(٣) راجع المـغني ٥/(٨٣-٧٠)، الشرح الكـبير ٧٢/٥، المجـموع ٢٤/١٤، المـهذب ٣٠٧/٢، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٠١/٢، حلية العلماء ٥٨/٥، الحاوي الكبير ٤٣٦/٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٤٢/١٤.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٤٣/١٤.

وقال: «ليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه بل يطالب الضامن خاصةً عندنا. وقال الشافعي وأبوحنيفة وأحمد وغيرهم: يرجع على من شاء من الضامن والمضمون عنه.

وقال مالك: إنّه لا يطالب الضامن إلّا عجزعن تحصيله من الأصيل لغيبته أو إعساره لأنّ الضمان وثيقة فلا يستوفىٰ الحقّ منها إلّا عند تعذّره كالرهن...»[١].

٢ـ «ضمان عهدة العوضين لكلٍّ من البائع والمشتري عندنا كما في الإيضاح»[٢]

نحو: إذا ضمن شخصٌ للبائع عهدة الثمن عند ظهور كون الثمن لغير المشتري أو إنكشاف بطلان البيع. أو إذا ضمن للمشتري عن البائع عهدة المبيع إن ظهر كونه للغير أو إنكشاف بطلان البيع فحينئذ اجتمعت ذمّتان: ذمّة الضامن وذمة البائع أو المشتري مع وحدة المال المضمون به فيجوز للبائع الرجوع إلى المشتري أو الضامن وكذلك يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع أو الضامن، فيجوز اجتماع ذمّتان لمال واحد.[٣] هذا توضيح تنظير الشيخ الأعظم.

وأمّا كلمة «عندنا» الظاهرة في الإجماع فَهِيَ مفقودة في كتاب إيضاح الفوائد لفخرالمحقّقين ﷺ، نعم هي موجودة في تذكرة الفقهاء لوالده العلّامة حيث يقول في شأن ضمان العهدة: «... وهذا الضمان «عندنا» صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن، وإن لم يكن قد قبض لم يصح»[٤].

ولعلّ الشيخ الأعظم نقل نسبة هذا الإجماع إلى فخرالمحقّقين عن كلام سيّد مشايخه السيّد المجاهد في مناهله حيث يقول في ضمان العهدة: «هل هذا القسم ناقل أيضاً أو لا، بل هو ضمُّ ذمّةٍ إلى ذمّةٍ صرّح بالأوّل في التحرير... وصرّح بالثاني في الإيضاح والتنقيح وهو ظاهر مجمع الفائدة، بل نبّه الأوّل على دعوى الاتفاق عليه، قائلاً:

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤/٣٤٤، مسألة ٥٢٥.

(٢) المكاسب ٣/٥٠٧.

(٣) راجع هدى الطالب ٥/٥٧٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٤/٣٣٠.

ضمان العهدة ضمٌّ عندهم»[١].

٣ـ «ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة وقّواه في الإيضاح»[٢]

نحو: إذا ضمن لمستعير الذهب والفضة أو للمال المغصوب فحينئذ يجتمع ذمّتان بمال واحد ويجوز للمالك المعير الرجوع إلى كلٍّ من المستعير أو الضامن، أو للمالك المغصوب منه الرجوع إلى كلٍّ من الغاصب أو الضامن.

قال في تذكرة الفقهاء: «الأعيان المضمونة كالمغصوب والمستعار مع التضمين أو كونه أحد النقدين والمستام والأمانات إذا خان فيها أو تعدّىٰ فله صورتان:

الأولى: أن يضمن ردّ أعيانها وهو جائز لأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه وبه قال أبوحنيفة وأحمد... إذا ثبت هذا فإن ردّها الضامن أو الغاصب برىء من الضمان. وإن تلفت وتعذّر الردّ فهل عليه قيمتها؟....

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت. والأقوى عندي الصحة لأنّ ذلك ثابت في ذمّة الغاصب فصحّ الضمان...»[٣].

وقال أيضاً: «وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة إشكال أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه بالعين المضمونة[٤]. أمّا الضامن فللضمان وأمّا المضمون عنه: فلوجود العين في يده أو تلفها فيه. وفي العهدة إن شاء المشتري طالب البائع وإن شاء طالب الضامن لأنّ القصد هنا بالضمان التوثيق لا غير...»[٥].

ونسبة الأقوئية إلى الإيضاح غير تام بل يراه الفخر غير صحيح لأنّه قال ذكر الإشكال: «والأصح أنّه لايصح»[٦].

---

(١) المناهل /١٣٩ طبع الحجري، نقل عنه في هدى الطالب ٥/٥٧٤.

(٢) المكاسب ٣/٥٠٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤/٣٢١، مسألة ٥١١.

(٤) في المصدر: المغصوبة.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤/٣٣٦، مسألة ٥٢٠.

(٦) إيضاح الفوائد ٢/٨٥.

٤ـ «ضمان الِاثْنَيْنِ لواحدٍ

كما اختار ابن حمزة[١] وقد حكى فخر الدين[٢] والشهيد[٣] عن العلّامة في درسه أنّه نفي المنع عن ضمان الِاثْنَيْنِ على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي وفي الأموال [كـ][٤] الغاصب من الغاصب»[٥].

في هذا الفرض صورتان: وأقوال وإشكال للتنبيه على ذلكَ أذكـر كـلام الفـقيه العاملي في المقام حتّى يظهر الأمر لك، فما ذكره الشيخ الأعظم لايتم إلّا على إحـدى الصورتين وعلى أحد الأقوال فيها مع وجود إشكال في المقام.

قال في مفتاح الكرامة: «ضمان الإثنين إمّا أن يقع على التعاقب أو دفعة، فإن وقع على التعاقب فمن رضي المضمون له أوّلاً بضمانه انتقل المال إلى ذمّته وبـطل ضـمان الآخر، سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول: رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس، أو يقول: رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس. وأمّا إذا رضي بضمان كلّ واحدٍ منهما دفعة كأن يقول: رضيت بضمان كـلّ واحدٍ منكما انتقل المال إلى ذمّة الأوّل، لأنّه إذا رضي بضمان كلّ واحدٍ منهما فقد رضي بضمان الأوّل فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقّاً على المضمون عنه فيبطل.

وأمّا إذا وقع ضمان الاثنين دفعةً، فإن وقع رضا المضمون له بضمان كلّ واحدٍ على التعاقب كأن يقول: رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صحّ ضمان مَـن رضـي بضمانه أوّلاً، لانتقال المال بالضمان ورضا المالك إلى ذمّته، فلا يصادف الضمان الثاني ذمّة مشغولة فيبطل. وإن وقع الرضا منه دفعةً فهناك ثلاثة أقوال وإشكال:

---

(١) الوسيلة /٢٨١.

(٢) إيضاح الفوائد ٨٩/٢.

(٣) نقل عنهما في مفتاح الكرامة ٤٧٠/١٦.

(٤) الزيادة من مفتاح الكرامة ٤٧٠/١٦.

(٥) المكاسب ٥٠٧/٣.

الأوّل: قول أبي عليّ[١] وهو صحّة الضمان، فيطالب كلّ واحدٍ بِقِسْطِهِ لا بالجميع، فإن كانا اثنين طالب كلّ واحدٍ منهما بنصف المال، ولو زادوا فبالحصة بعد اعتبار العدد.

وفيه: أنّه خلاف ما أراده الضامنان واقتضاه العقدان فيبطلان، إلّا أن تقول: الأصل صحّة الضمان ولا أولوية، وانتقال المجموع إلى كلٍّ من الذمّتين ممتنع، فوجب أن نقول: إنّه انتقل إلى كلّ واحدٍ منهما ما يقتضيه التحاصّ، وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقدين.

الثاني: التخيير في مطالبة مَن شاء منهما ومطالبتهما معاً، ويسمّى ضمان الاشتراك والانفراد معاً، وقد جزموا[٢] به في باب الديات فيما إذا قال: ألقِ متاعك وعلى كلّ واحدٍ منّا ضمانه، أو قال: إنّي وكلّاً من الركبان ضامن. وهو قول ابن حمزة في المقام، قال في «الوسيلة»[٣]: وينقسم الضمان قسمين آخرين: ضمان انفراد وضمان اشتراك، فضمان الانفراد ضمان جماعة عن واحد، ويكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيّهم شاء على الإنفراد وعلى الاجتماع. وضمان الاشتراك بالعكس من ذلك. ولعلّ حجّته التمسّك بصحّة العقدين فإنّها الأصل.

ونقل الفخر[٤] والشهيد[٥] عن المصنّف [العلّامة] في درسه المبارك الميمون توجيهه بأنّ مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الأموال كالغاصب من الغاصب.

ونظر فيه في «جامع المقاصد»[٦] بأنّ العقدين المتنافيين يمتنع التمسّك بصحّتهما.

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الضمان ٤٦٧/٥.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الديات ٢٥٨/٤، والعلّامة في قواعد الأحكام، في الجنايات في موجب الدية ٦٦٤/٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في تزاحم موجبات ضمان النفس ٣٨٧/١٥.

(٣) الوسيلة: في الضمان / ٢٨١.

(٤) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ٨٩/٢.

(٥) لم نعثر عليه ولا على الحاكي عنه.

(٦) جامع المقاصد: في الضمان ٣٤١/٥.

ووجه التنافي أنّ انتقال المال إلى ذمّة أحدهما يقتضي أن لاينتقل إلى ذمّة الآخر شيء، فيكون ضمانه باطلاً لانتفاء مقتضاه، ولا نعني بالباطل إلّا ما لا يترتّب عليه أثره. وهذا يصلح جواباً عمّا ذكره المصنّف [العلّامة] إذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعدّدة، وإنّما وجب على مَن جرت يده على المغصوب ردّه على مالكه عملاً بعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[١] فإن تعذّر وجب البدل للحيلولة، وهذا لا يتفاوت الحال فيه بقاء العين وتلفها. ومعلوم أنّه مع بقائها لا تكون في ذمّة أحد، وإنّما الّذي في الذمّة وجوب الردّ. فظهر أن ليس هناك مالٌ واحدٌ في ذمم متعدّدة.

ولك أن تقول: إذا تعذّر البدل للحيلولة كان المال الواحد في ذمم متعدّدة ولهذا أقرّه عليه ولده والشهيد، وظاهر الأوّل وصريح الثاني الرضا به. وقد أوردا[٢] عليه لزوم اجتماع العلل على معلولٍ واحد، إذ العلّة في براءة ذمّة المضمون عنه ضمان كلّ واحد. وأجابا بأنّها معرّفات أي أمارات ليست بأسباب، وبأنّ براءة ذمّته معلولة لعدم علّة الثبوت وهي الأداء به مع عدم الضمان غيره، وانتفاء عدم الكلّي بوجود جزئيّات كثيرة جائز. ومعناه أنّ عدم انتفاء الإنسان بوجود زيد وبكر وعمرو وخالد جائز، فتأمّل، إلّا أن تقول: إنّ هذا[٣] خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنصّ والإجماع فيقتصر عليه من دون تعدّ. وبذلك يجاب عن الحال في السفينة لتطابق الفتاوى ممّن تعرّض له والضرورة.

الثالث: البطلان، للحصر في الأُمور الثلاثة، وقد بطل اثنان فتعيّن الثالث. وفي «المختلف»[٤] أنّه أقوى. وفي «جامع المقاصد»[٥] أنّه أصحّ.

وممّا ذكر يعرف وجه الإشكال، فيكون دائراً بين الأقوال الثلاثة، فيكون منشؤه

(١) عوالي اللآلي: ١/٢٢٤، ح١٠٦ و /٣٨٩، ح٢٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ٢/٨٩، ولم نعثر على كلام الشهيد.

(٣) أي الغاصب من الغاصب.

(٤) مختلف الشيعة: في الضمان ٥/٤٦٧.

(٥) جامع المقاصد: في الضمان ٥/٣٤٢.

أصالة الصحّة، ووقوعه من أهله، ومن اتّحاد الحقّ ومن عدم الأولوية»[1].

اعتراض المحقّق النائيني على جواب الشيخ الأعظم ومختاره في حلّ الإشكال

قال‌رحمه‌الله: «ولا يخفى ما فيه من الفساد وذلك لعدم صحة تعدد الضمان العرضي ثبوتاً ولا إثباتاً.

وفساد ما ذكره‌رحمه‌الله من النظائر بالمنع عن تلك النظائر إمّا من حيث الصغرى وإمّا من حيث الكبرى.

أمّا استحالة تعدد الضمناء عرضاً ثبوتاً: فلأنّ الذمة في عالم الاعتبار تكون في حكم أين خارجي يستقر فيه المال إلّا أنّ الذمّة لمكان اعتباريتها وسيعة تسع كلّ شيءٍ يصح اعتباره فيها ولهذا يقال بأنها بيداء واسعة، فكما أنّه لايعقل قرار مال واحد في مكانين عرضاً بأن يكون قراره في أحدهما بعين قراره في الآخر وفي عرضه فكذلك استحالة قراره في مكانين خارجيين، وهذا على ما هو التحقيق في باب الأحكام الوضعية من قابلية تعلّق الجعل بها استقلالاً وأنّ الضمان حكم وضعي مجعول مستقل بالجعل لا أنّه منتزع عن الحكم التكليفي.

نعم، على القول بالانتزاع عن التكليف يمكن تكليف شخصين أو أشخاص بالأداء على نحو الواجب الكفائي فينتزع منه وضع وهو الضمان على نحو التصوير الكفائي حسب منشأ انتزاعه لكنّ القول بانتزاع الضمان عن التكليف فاسد وهو [الشيخ الأعظم]‌رحمه‌الله أيضاً لم يتكلّم في المقام على ذاك الفرض.

وبالجملة فعلى ما هو التحقيق في باب الضمان فلا يتصور تصوير النحو الواجب الكفائي فيه.

وأمّا عدم ما يدل عليه إثباتاً: فلما سنوضحه من أنّ أدلة الضمان في صورة تعدده يدلّ على الضمان الطولي الذي هو بمكان من الإمكان ثبوتاً حسبما نوضحه إن شاء الله.

---

(١) مفتاح الكرامة ١٦/(٤٧١-٤٦٨).

وأمّا فساد مااستشهد به ﷺ تأييداً لما ادعاه ممّا يكون الضمان فيه عرضياً.

أمّا الضمان على طريقة الجمهور فهو وإن كان ينطبق على الضمان العرضي. لكنّه فاسد لا نقول به والاستشهاد بأمر فاسد عندنا مضروب عنه لا نقول به أصلاً.

وأمّا ضمان درك المبيع أو الثمن عند ظهور المستحق: فهو ليس من باب الضمان العرضي بأن يكون الثمن مضموناً على البائع في عرض ضمانه على الأجنبي والمبيع مضموناً على المشتري في عرض ضمانه على الأجنبي بل معنى ضمان الأجنبي للثمن أو المثمن هو أنّه لو تلف المضمون أو امتنع المضمون عنه يكون عوضه على الضامن، ونتيجة هذا أنّه مع تلف المضمون أو امتناع المضمون عنه لايشتغل إلّا ذمة الضامن، ومع وجوده وعدم امتناع المضمون عنه لايشتغل إلّا ذمة المضمون عنه، فلم يجتمع ضمان المضمون عنه مع ضمان الضامن لكي يكونا عرضيين.

نعم غاية ماهناك وجوب إلزام الضامن للمضمون عنه بالردِّ إلى المالك في صورة وجود العين، لكن أين هذا من الضمان بمعنى استقرار ذمة الضمان بالمال وكون مال المالك في صندوق ذمّته كما لايخفى.

وأمّا ضمان الأعيان المضمونة: كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بأن يضمن الضامن للعين المضمونة لا مااستقر في الذمة على تقدير التلف.

ففيه: مع أنّه محل للخلاف، فإنّ المحكي عن جماعة هو المنع عنه، أنّ معنى ضمانه على الضامن ثبوت بدله عليه عند التلف من المثل أو القيمة، ووجوب إلزام المضمون عنه بأدائه على تقدير وجوده، فليس هو أيضاً من باب الضمانين العرضيين. فإنّ المضمون له على تقدير وجود العين لا يرجع إلّا إلى المضمون عنه، ومع تلفه ليس له الرجوع إلّا إلى الضامن فلا يكون المال مستقراً في ذمة الضامن مع قراره في ذمة المضمون عنه.

وأمّا ضمان الاثنين لواحد: على نحو الاستقلال بحيث يكون كلّ واحد ضامناً لهذا المال الواحد في عرض ضمان الآخر فهو عين ما هو المدعىٰ في المقام فلا وجه لجعله شاهداً للمقام. وعلى نحو التشريك لاينتج إلّا التشريك في ضمان واحد لا استقلال كلّ واحدٍ بالضمان، نظير استقراض شخصين عن واحد، حيث أنّه أيضاً موجب

لتشريكهما في الدين لا وقوع تمام الدين في ذمّة كلّ واحدٍ منهما بالاستقلال.

وأمّا التنظير بالواجبات الكفائية في العبادات، ففيه أنّه على تقدير تصويره في المقام يوجب عدم ضمان كلّ واحدٍ منهما لا ضمان أحدهما على البدل، وذلك لأنّ المعنى المتصوَّر في الكفائي في العبادات على ماحُقِّقَ في الأُصول هو تقييد إطلاق خطاب كلّ واحد من المكلَّفين بعدم قيام الآخر به. إذ معنى صلِّ في الواجب المعين العيني هو وجوب الصلاة على المخاطب سواء صلى شخص آخر أم لا، ومعنى صلِّ على الميت كفاية هو وجوب الصلاة على المخاطب في ظرف عدم صلاة شخص آخر لامطلقاً. وهذا المعنى في باب الضمان، يوجب عدم ضمان كلّ واحد منهما، ضرورة أنّ ضمان كل واحد يوجب عدم ضمان الآخر لأنّ ضمانه (حينئذ) في ظرف عدم ضمانه وهو مستلزم لعدم ضمان كلّ واحد منهما كما لا يخفى.

بالجملة فَشِيُّ من هذه الموارد لا يثبت صحة الضمان المتعدد عرضاً والمتحصل استحالة تعدد الضمناء عرضاً ثبوتاً وعدم الدليل عليه إثباتاً.

بل التحقيق في مورد تعدد الضمناء هو طولية الضمان، وبطوليته يتم الأمور المتقدمة، وما سيجئ من عدم جواز رجوع المالك إلى الغار. بل ليس له الرجوع إلّا إلى المغرور، وعدم جواز رجوع المغرور إلى الغار قبل الاغترام للمالك، وعدم جواز رجوع الداين إلى المديون بعد ضمان الضامن عن المديون، بل يتعيّن عليه الرجوع إلى الضامن، كما أنّ الضامن لا رجوع له إلى المضمون عنه إلّا بعد أداء ماضمنه إلى المضمون له، وجواز رجوع المالك إلى كلّ واحدة من الأيادي المتعاقبة. وجواز رجوع كلّ سابق إلى لاحقه الذي تلف المال عنده على تقدير رجوع المالك إلى السابق.

وتوضيح الضمان الطولي: إنّ معنى المعقول من تعدد الضمناء هو أن يكون أحدهما فيما إذا كانا اثنين مثلاً ضامناً للمالك والآخر ضامناً لما ضمنه الآخر وماستقر في ذمته.

وبعبارة أُخرى: يكون الأوّل مشتغل الذمة بالمالك والثاني بما اشتغل به ذمة الأوّل، فاشتغال ذمة الثاني يكون في طول اشتغال ذمة الأوّل، وهذا يتصوّر على قسمين

فإنّه إمّا لايصح للمالك أن يرجع إلى الثاني في عرض رجوعه إلى الأوّل بل لابد له من الرجوع إلى الأوّل ثمّ الأوّل بعد تأديته لما في ذمّته يرجع إلى الثاني، وإمّا أن يصح له الرجوع إلى الثاني كما يصح له الرجوع إلى الأوّل.

غاية الأمر أنّه إذا رجع إلى الثاني لايرجع الثاني إلى الأوّل، وإذا رجع إلى الأوّل فالأوّل يرجع إلى الثاني، وهذا الاختلاف ينشأ من سبب الضمان، فإنّ الضمان إمّا عقدي كما في مورد التماس المديون ضمان ما في ذمته، أو يكون بالاتلاف، أو يكون بسبب الأيادي المتعاقبة، وفي الأوّلين أعني العقد والاتلاف لا رجوع للمالك إلّا إلى الضامن الأوّل.

أمّا في العقدي فلأن الضامن الذي يضمن بالتماس المديون تَشْتَغِلُ ذمّته بِدَيْنِ المالك بالضمان، ويبرء المديون المضمون عنه عن الداين ومعه فليس للداين حينئذ أن يرجع إلى المديون المضمون عنه لبراءة ذمته عن دينه وإنّما المشتغل به هو الضامن.

ثمّ إذا أدى الضامن ما في ذمته من الدين تشتغل ذمة المضمون عنه بالضامن فللضامن حينئذ الرجوع إليه بعد ما أدى إلى المضمون له و.... .

ثمّ إنّ أسباب الضمان كما عرفت ثلاثة لا رابع لها:

الأوّل: العقد والأمر المعاملي مثل أمر المديون بثالث بأداء ما عليه من الدين أمراً معاملياً نظير أمر صاحب المتاع الحمّال بأن يحمل متاعه فإنّه يجب عليه أداء أُجرة الحمل لأمره به، لا أمراً غير معاملى نظير التماس الملتمس عن أحد في حمل متاعه على نحو التفضل مثل أوامر الفقراء والمساكين.

الثاني: الإتلاف.

والثالث: اليد.

فكما يتصور تحقق ضمان واحد بكلٍّ من هذه الأسباب الثلاثة يتصور تعدده أيضاً.

فالأوّل كما في أمر المديون بأداء دينه فأنّه ضامن للمسؤول عنه فالمسؤل عنه هو الضامن الأوّل الذي يضمن عن المديون بالتماسه والمديون هو الضامن الثاني الذي

يضمن ما يؤديه المسؤل عنه فالمديون ضامن لما ضمنه الضامن بالتماسه.

والثاني كما إذا أتلف أحد بتغرير آخر فإنّ المتلِف ضامن للمالك بإتلافه والغارّ ضامن للمتلِف بتغريره إيّاه.

والثالث كما في تعاقب الأيادي.

ولهذه الأسباب الثلاثة أحكام مشتركة بين الجميع وأحكام مختصة ببعضها، والأحكام المشتركة بينها أمران:

احدهما: كون الحق في الجميع واحداً مع تعدد الضمناء ويكون كلّ لاحق ضامناً لما في ذمة الضامن السابق على ما هو معنى الطولية نظير تعدد أمكنة شيء واحد في عالم العين طولاً مثل كون المصباح في المشكوة والمشكوة في البيت فكما أنّ تعدد أمكنة شيء واحد طولاً بحسب العين أمر معقول كذلك تعددها بحسب عالم الاعتبار معقول وكما أنّ تعدد أمكنته عرضاً في عالم العين غير معقول بأن يكون في مكان في حال كونه في مكان آخر كذلك تعددها في عالم الاعتبار غير معقول بأن يكون في ذمة في حال كونه في ذمة أُخرى.

الأمر الثاني: عدم جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل أداء ما في ذمّته وهذا الأثر مشترك في الأسباب الثلاثة وإنْ كان المنشاء مختلِفاً حيث أنّ في الضمان العقدى إلتزام العقدى مقتض لعدم جواز رجوع الضامن إلى المضمون عنه إلّا بمقدار ما يؤديه بعد الأداء وفي الضمان بالغرور هو دليل تلك القاعدة أعني النبوى المعروف المعتضد بالعمل أو الإجماع المنعقد على مضمونه وفي ضمان اليد هو قاعدة على اليد فالدليل مختلف في الموارد الثلاثة ولكن الأثر واحد.

وأمّا الأثر المختص بكل واحد منها:

فالضمان العقدي يختص بأنّه تابع لما التزم به بقدر الالتزام فإنّ التزم الضامن اللاحق بالتعهد بمافي ذمة الضامن السابق يكون موجباً لبراءة الضامن السابق واشتغال ذمة اللاحق كما كان ضمان الضامن السابق عن المديون موجباً لبراءة المديون عن الداين واشتغال الضامن بما يكون في ذمة المديون وان التزام الضامن الثاني بما في ذمة المديون

لا بما ضمنه الضامن الأوّل يكون باطلاً حيث أنّه لم يكن في ذمته شيء وكان بريئاً بسبب ضمان السابق وعلى فرض صحته يكون موجباً لهدم الضمان السابق وبالجملة فهو تابع لكيفية الالتزام وهذا بخلاف ضمان اليد فإنّ اللاحق فيه ضامن لماضمنه السابق على ما مرّ شرح القول فيه ويشترك ضمان العقدى مع ضمان الاتلاف في أنّه لا يتصور فيهما الضمناء المتعددون بحيث يرجع المالك إلى كلّ واحدٍ منهم دون ضمان اليد، أمّا الضمان العقدى فلأنّ الضمان على مذهب الخاصة عبارة عن انتقال ذمة إلى أُخرى فقبل ضمان الضامن كان الدين في ذمة المديون وبعد ضمانه انتقل الدين عن المديون إلى الضامن وصار المديون بريئاً عن الدين فما اجتمع اشتغال ذمة المديون مع اشتغال الضامن معاً حتّى يكون ضمانهما طولياً أو عرضياً.

وأمّا ضمان الإتلاف فلأنّه لايعقل قيام الإتلاف بشخصين حتّى يكونا معاً ضامنين لمال واحد بل الضامن للمالك ليس إلّا المتلِف محضاً وإنّما الغارُّ ضامن للمتلِف لاللمالك فليس للمالك إلّا الرجوع إلى المتلف لا الغارُّ وهذا ظاهر.

وأمّا ضمان اليد ففيه يتصور تعدد الضمناء بالنسبة إلى المالك فالضامن الثاني كما يكون ضامناً للأوّل بمعنى كون ذمّته مخرجاً لما في ذمة الضامن الأوّل وللأوّل الرجوع إليه بعد تأدية ما في ذمته إلى المالك بمقدار ما أدّىٰ ضامن للمالك أيضاً بمعنى انّ للمالك أن يرجع إليه دون الأوّل إلّا أنّه إذا رجع المالك إليه فهو لا يرجع إلى الأوّل وان رجع إلى الأوّل فالأوّل يرجع إليه ما لم يكن الأوّل غاراً له.

هذا تصوير تعدد الضمناء طولاً في الصور الثّلاث(١) والآثار المترتبة على كلِّ واحدٍ منها ثبوتاً.

وأمّا اقامة الدليل عليه اثبات:

أمّا الضمان العقدي: فالدليل على ضمان الأمر بالعمل أو اداء ما عليه من الدين ليس إلّا ما يدل على ضمان المستوفى لمال أو عمل محترم بأمر معاملى فنفس ما يدلّ

(١) وفي المصدر: «الثلاثة».

على ضمان المستوفى لعمل محترم أو مال محترم بأمر من المستوفى أمراً معاملياً يدلّ على ذاك الضمان الطولي أعني ثبوت عهدته بما يعمله العامل أو يؤديه الملتمس عنه واستقرار الضمان عليه بفعل الملتمس عنه ما التمس منه من الفعل أو أداء الدين ونحوه فقبل صدور العمل من العامل لا يكون للآمر ضمان إلّا بنحو القوة بمعنى أنّ للعامل أنْ يعمل لكي يصير الآمر ضامناً وبعمل المأمور ما التمس منه يثبت الضمان على الآمر ويستقر ذمته بما أداه ولا يخفى أنّ ما تصورناه في عالم الثبوت ينطبق على ما يستفاد من الدليل في مرحلة الإثبات من غير إشكال.

وأمّا ضمان الاتلاف: فالدليل عليه هو النبوى المعروف (المغرور يرجع إلى الغارّ) ولو نوقش في سنده ولو بعد الاعتضاد بالعمل فيتمسك بالاجماع حيث أنّه لاخلاف في حكم رجوع المغرور إلى الغار وكون الحكم به إجماعياً وحيث أنّ الثابت من الدليل هو صحة رجوع المغرور بما اغترم ويكون بعنوان التدارك عمّا يغترمه فلا جرم لا يكون رجوعه إلّا بعد الاغترام وهذا ما ذكرناه من طولية الضمان أي كون الغارِّ ضامناً لما يغترمه المغرور ويؤديه إلى المالك بعد الاغترام.

وأمّا ضمان اليد: فالدليل عليه انما هو الحديث المبارك المعروف «على اليد ما اخذت حتّى تُؤَدِّيَهُ». وتوضيحه على وجه يوافق مع ما تصورناه ثبوتاً من الضمان الطولي أن يقال معنى ضمان العين هو اعتبار قرار المال في صندوق الذمة نحو قراره في الصندوق الخارجي ومقتضى دلالة على اليد هو تعلق الذمة بما استقر على اليد بنفس استقراره لا ثبوت ضمانه عليه عند تلفه بحيث يكون لقرار الضمان على الذمة حالة منتظرة إلى حين التلف إذ هذا شعر محض لا ضرورة فيه، نعم فعلية الضمان وظرف مطالبة الضامن بالمثل أو القيمة إنّما هو بعد التلف لا أنّ اصل ضمانه يكون بعد التلف لكن العين ٱلخارِجيّةَ[١] باستقرار اليد عليها لا تثبت في الذمة إذ هي غير قابلة لأن تثبت في الذمة بل الثابت في الذمة باعتباره فيها اعتباراً عقلائياً هو ما يناسب قراره فيها نظير ضرورة لزوم مناسبة

(١) في المصدر: «الخارجي».

المظروف مع ظرفه فالثابت في الذمة من العين ٱلخارِجيَّةَ هو الأمر المجرد الذي هو بدل من العين ٱلخارِجيَّةَ ويكون ثبوته فيها على نحو البدلية فمقتضى على اليد ما اخذت بالنسبة إلى اليد الأوّل أعني عموم الموصول هو إثبات العين ٱلخارِجيَّةَ في ذمة الضامن على نحو يناسب ثبوتها فيها فباستقرار المال في يد الضامن الأوّل يثبت بدله في ذمته بحكم عموم على اليد ثمّ إذا استقر على يد الضامن الثاني يكون المال الذي قد استقر بدله في ذمة الضامن الأوّل مستقراً على يد الضامن الثاني فبحكم عموم الموصول في على اليد يثبت في ذمة الضامن الثاني بمثل ثبوته في ذمة الضامن الأوّل لكن ثبوته في ذمة الضامن الثاني لما كان بعد ثبوت بَدَلِهِ في ذمة الضامن الأوّل فلا جرم يكون هو بما ثبت بدله في ذمة الأوّل ثابتاً في ذمة الثاني فعموم على اليد يدلّ على ضمان الأوّل والثاني معاً لكن ضمان الأوّل يكون للمال بما هو هو وضمان الثاني يكون للمال بما هو ثابت في ذمة الضامن الأوّل، والسر في ذلك هو انّ العموم المذكور ينحل إلى قضايا متعددة بعدة موضوعاتها فكلّ يد عادية يخصها فرد من الحكم ومقتضى كلّ واحدة من هذه الأحكام هو ثبوت ما على اليد في ذمة صاحب اليد على نحو استقراره على اليد فان استقر على اليد بماله من المنفعة فيستقر في الذمة كذلك وإن استقر على اليد بلا بدل فيستقر في الذمة بلا بدل وإن استقر في حالة له البدل فيثبت في الذمة بما له من البدل.

والحاصل: إنّ مقتضى انحلال العموم هو ثبوت ما على ٱليَد في ذمة صاحب اليد بماله من اللون من كونه مع المنفعة أو بلا منفعة ومع البدل أو مع عدمه وحيث انّ استقرار المال على يد الغاصب الأوّل يكون بلا بدل فيكون ثبوته في ذمته أيضاً كذلك بلا بدل وحيث أنّ قرار الضمان على الضامن الثاني يكون بعد ثبوت بدله في ذمة الضامن الأوّل فيكون ثبوته في ذمة الثاني بما له من البدل ونتيجة هذا صحة رجوع المالك إلى الضامن الثاني كصحة رجوعه إلى الضامن الأوّل لكون الثاني ضامناً للمالك كالأوّل وصحة رجوع الضامن الأوّل إلى الثاني إذا رجع المالك إليه بعد تأدية ما في ذمته إلى المالك بمقدار ما أدّى وعدم صحة رجوع الضامن الثاني إلى الأوّل إذا رجع المالك إلى الثاني فيما إذا لم يكن في البين غرور.

وقد تحصل أنّ الاستدلال بعموم على اليد لإثبات الضمان الطولي بالمعنى المتقدم في الأيادي المتعاقبة المصحح لمذهب المشهور من صحة رجوع المالك إلى كلّ من تلك الأيادي وصحة رجوع كلّ سابق إلى لا حقه إذا رجع المالك إلى السابق والمترتب عليه الفروع الآتية يتم بأمرين: احدهما إنّ ثبوت الضمان لايتوقف على تلف العين بل هو ثابت مع وجودها أيضاً إلّا أنّ فعلية الضمان وظرف مطالبة المالك عن الضامن بالمثل أو القيمة هو ظرف التف. وثانيهما إنّ مقتضى انحلال عموم على اليد وتخصص كلّ حكم من تلك الأحكام المنحلة بموضوعه على ما هو عليه هو ثبوت ضمان العين على اليد فإن كان مع البدل فمع البدل وإن كان بلا بدل فبلا بدل وبعد تمامية الأمرين نقول قرار العين على يد الضامن الأوّل يكون بلا بدل فيضمنه الضامن الأوّل بلا بدل وقرارها على يد الضامن الثاني يكون بعد ثبوت بدلها على ذمة الضامن الأوّل فيضمنه الضامن الثاني بما له بدل في ذمة الضامن الأوّل والحاصل إنّ مال المالك إذا استقر على يد الضامن الثاني بعد قرار بدله في ذمة الضامن الأوّل يحتمل أنْ يكون قرار ضمانه في ذمة الضامن الثاني مع قطع النظر عن ثبوت بدله في ذمة الضامن الأوّل فيكون الضامن الثاني ضامناً للمالك في عرض ضمان الضامن الأوّل وهذا معنى الضمان العرضي ويحتمل أن يكون ما ثبت بدله في ذمة الضامن الأوّل ثابتاً في ذمة الضامن الثاني مع ماله من لون ثبوت بدله في ذمة الأوّل فيكون الضامن الأوّل ضامناً للمالك ماله والضامن الثاني ضامناً للمالك ماله الذي ثبت ضمانه على الأوّل وهذا معنى الضمان الطولي فيكون ذمة الثاني مخرجاً لما في ذمة الأوّل.

هذا بحسب عالم الثبوت وأمّا بحسب مرحلة الاثبات فالمتعين هو الاحتمال الأخير وذلك لوجوه الأوّل: استحالة الضمان العرضي مع تعدد الضمناء بالبيان المتقدم حيث أثبتنا استحالة كون مال واحد في ذمتين عرضاً كاستحالة قراره في مكانين خارجيين. الثاني: انحلال عموم على اليد بأحكام متعددة حسب تعدد موضوعاتها واختصاص كلّ حكم بموضوعه بماله من الخصوصيات وقد تقدم شرحه. الثالث: اطلاق دليل على اليد فان مقتضى إطلاقه اشتغال ذمّة كلّ ذي يد بما حصل عنده على ما هو عليه فتجريد المال عن كونه في ذمة الضامن الأوّل وإثباته في ذمة الضامن الثاني مجرداً عن

تقيده بالثبوت في ذمة الأوّل كما كان ثابتاً في ذمة الأوّل مجرداً عن التقيد بثبوته في ذمة أُخرى يحتاج إلى مقيد لإطلاق دليل اليد مفقود حسب الفرض ومع عدم ما يوجب التقييد يكون المحكم هو الإطلاق. وممّا ذكرنا ظهر الفرق المتقدم إليه الاشارة بين الضمان الحاصل بسبب اليد وبين الضمان الحاصل بسبب العقد أو الغرور حيث أنّ تعدد الضمناء لا يتصور إلّا في الأوّل دون ضمان الغرور والعقد وأنّ التعدد في ضمان اليد طولي لا عرضي وآنْطَبَقَ ما تصورناه في مرحلة الثبوت على مادلّ عليه الدليل في مرحلة الإثبات وبه تم مذهب المشهور واندفع جميع ما يتصور في المقام من الإشكالات»[١].

اعتراض السيّد الخوئي على أُستاذه النائيني

قال: «ولكنّه ممّا لا يمكن المساعدة عليه لا بحسب المبنى ولا بحسب البناء.

أمّا فساد ما أفاده بحسب المبنى: فهو من أجل أنّ الوجوب الكفائي عنده ليس عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر، بل هو سنخ من الوجوب يغاير الوجوب المشروط وتوضيح ذلك الإجمال: أنّ المولى تارةً يرى المصلحة في خصوص فعل معيّن ويقوم غرضه به على نحو التعيين، فيتعلّق شوقه به تعييناً لأنّه مقتضى كون الفعل ممّا يقوم به غرضه سيّما على المسلك المشهور من تبعية الأحكام للمصالح أو المفاسد في متعلّقاتها، وهذا يعبّر عنه بالوجوب العيني وهو واضح.

وأُخرى يرى المولى المصلحة في كلٍّ واحدٍ من الفعلين على نحو يتساويان في إفادة الغرض، وكلّ واحد من الفعلين يقوم بغرضه ويفي به، وفي مثل ذلك لا وجه لتعلّق شوقه بأحد الفعلين على التعيين، لأنّه ترجّح بلا مرجّح وهو مستحيل، فلابدّ من أن يتعلّق شوقه بأحدهما على نحو التخيير كما في مثل الكفّارات الثلاث ويعبّر عنه بالوجوب التخييري.

ومنه يظهر الحال في تصوير الوجوب الكفائي وأنه إذ رأى المصلحة في فعل معيّن من غير خصوصية للفاعلين في تحصيل غرضه كما إذا كان المولى عطشاناً فأمر أحد

---

(١) المكاسب والبيع ٢/(٢٩٦-٢٨٣).

غلمانه العشرة بسقيه ومجيئه بالماء بأن يقول فليجئ أحدكم بالماء، لايمكن أن يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التعيين، إذ لاوجه للترجّح من غير مرجّح، بل يتعلّق شوقه بإتيان أحدهم على نحو التخيير، فالفرق بين الكفائي والتخييري أنّ في الكفائي تلغى خصوصيات الفاعلين وفي التخييري تلغى خصوصيات الأفعال.

وكيف كان، فليس الوجوب الكفائي عنده عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر حتّى يستشكل بذلك في تصويره في الضمان. وبناء على ما ذكرناه لا مانع من تصويره في المقام، كما يمكن تصوير الوجوب التخييري فيه، فإنّه كما لا مانع من أن تتحقّق في ضمان أحد الأشخاص لمال معيّن، هذا كلّه بحسب المبنى.

وأمّا فساده بحسب البناء: فلأنّا لو أغمضنا عمّا أشرنا إليه آنفاً وبنينا على أنّ الوجوب الكفائي عبارة عن الوجوب المشروط بعدم إتيان الآخرين، فلا مانع من تصوير مثله في الضمان في الأيادي المتعاقبة، وذلك لأنّ الشرط حينئذ ليس عبارة عن عدم ضمان الآخرين حتّى يقال إنّ مرجع ذلك إلى أنه لا ضمان في شخص منهما فعلاً، لأنّا إذا قُلْنا بضمان هذا الشخص فذاك غير ضامن كما أنه إذا قلنا بضمان الثاني فالأوّل ليس بضامن، بل الشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر في التكاليف وعدم أداء الآخر ما في ذمّته في الضمان، إذ لو علّقنا الوجوب في حقّ أحدهما على عدم الوجوب للآخر منهما، فكما لايعقل ذلك في الضمان لرجوعه إلى عدم ضمان شخص منهما فعلاً، كذلك لايعقل ذلك في الواجبات والأحكام التكليفية لأنّ مرجعه إلى عدم الوجوب بشيء منهما فعلاً، لأنّا إذا حكمنا بوجوبه على هذا الشخص فالآخر غير واجب عليه كما إذا حكمنا بوجوبه على ذاك الشخص فعلى الأوّل غير واجب ولايمكن أن يكون الفعل واجباً عليهما معاً.

وكيف كان، فالشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر للأمر في الوجوب الكفائي وفي الضمان الكفائي عبارة عن عدم أداء الآخر للبدل، وعليه فكما يعقل تصوير الكفائي في الأحكام التكليفية كذلك يعقل تصويره في الضمان، إذ لا مانع من أن يحكم بضمان هذا الشخص لو لم يؤدّ الثاني البدل، ويحكم بضمان ذاك إن لم يؤدّه الأوّل منهما، فيكون ضماناً مشروطاً بعدم أداء الآخر، وهو ممّا لا محذور فيه.

بل لو فرضنا أنّ شخصين تصرفا في مال الغير في زمان واحد من دون أن يسبق أحدهما الآخر في وضع يده عليه، لا يمكن فيه الالتزام إلّا بضمان أحدهما على نحو التخيير والوجوب الكفائي، إذ الحكم بضمانهما معاً غير صحيح، لأنّ المال الواحد لا معنى أن يكون له بدلان، والحكم بعدم ضمانهما بوجه ممّا لا يمكن التفوّه به فيتعيّن أن نحكم بضمان أحدهما لا على نحو التعيين، فهذا الشخص محكوم بالضمان مشروطاً بعدم أداء الثاني البدل كما أنه محكوم به إن لم يؤدّ بدله الضامن الأوّل.

فالمتحصّل من جميع ذلك: أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاريّ من تصوير الضمان الكفائي في الأيادي المتعاقبة هو الصحيح، وأنّ مسلك العامّة في باب الضمان أمر ممكن وغاية ما هناك أنه لم يقم عليه دليل في باب الضمان، بخلاف المقام فالالتزام به في المقام ممّا لا مانع منه، وهذا بخلاف الالتزام به في باب الضمان لعدم الدليل عليه هناك، بل الدليل قائم على عدمه في ذلك الباب.

نعم يظهر من بعض كتب العلّامة[1] أنّ مسلك الجماعة أمر غير معقول، إلّا أنّك عرفت أنه أمر يمكن غاية الأمر أنّ الدليل لم يساعده في باب الضمان...»[2].

مناقشة السيّد الخوئي في بيان الأُستاذ المحقّق ـ مدظله ـ

قال: «يرد على السيّد الخوئي أوّلاً: أنّه بناءً على تصوير تعلّق التكليف بالكلّي مع الغض عن صحته وعدمها في الواجب الكفائي فهو غير منطبق في باب الضمان، لأنّ تحقّق الضمان مبنيٌّ على أربعة قواعد وهي: أقوائية السبب عن المباشر وقاعدة الإتلاف وقاعدة الغرور وقاعدة اليد. ومن المعلوم أنّ موضوع الضمان قائم بالشخص، أمّا السبب فقائم بالوجود الشخصي ومن المستحيل قيام السبب بالشخص والمسبَّب بالطبيعي والكلّي لاستلزامه تخلّف السبب عن مسبّبه والحكم عن موضوعه، واعتبار ضمان الإتلاف الصادر عن الشخص كلّيّاً يعنى استلزام تعلّق الضمان بالطبيعي عند صدور الفعل

---

(١) راجع التذكرة ٩٣/٢، البحث الرابع، النظر الأوّل (٣٤٣/١٤).

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ١٠٣/٢-١٠١).

عن الشخص وهو ممنوع. لأنّ المستولى هو الشخص دون الطبيعة ولو سُلّم فإنّ المستولي حصة الطبيعة دون الطبيعة بنفسها، وموضوع الضمان في قاعدة اليد هي اليد المستولية على العين دون الطبيعة أو حصّتها.

وثانياً: حتّى لو سلّمنا إمكان قيام السبب بالوجود الشخصي والمسبب من خلال الكلّي ونعني بذلك قيام السبب بالشخص والحكم بالطبيعة فإن مشكلة وهي تعدّد الضمان ووحدة المضمون لاتزال[1] باقية، كما إنّ الالتزام بأنّ الضمان يتعلّق بالكلّي ويسقط بأداء الفرد عاجزٌ عن رفعها، لأنّ أداء الفرد المسقِط لضمان الكلّي فرعُ اشتغال ذمّة الفرد وضمانه، ولولاهما لما سقط ضمان الكلّي، وهكذا يعود الإشكال مرّةً أُخرى، حيث أنّ مصاديق الكلّي متعدّدة وكلّ واحدٍ منها يعدّ بأداءه مسقطاً للضمان عن بقيّة مصاديق الكلّي، وهكذا تتعدّد الذمم الضامنة مع وحدة المضمون.

وثالثاً: إنّ قياس المقام مع ملكيّة الكلّي، يعدّ قياساً مع الفارق، فالملكيّة في الأخيرة قائمة باعتبار المعتبِر، سواءً كان الجاعل المعتبر شارعاً أو غيره، فيعتبر العرف الملكيّة لعنوان كلّي كالأوقاف والوصايا العامّة، الموضوعة ويرتّب عليها الأثر كعنوان الإمام وابن السبيل والفقير، فإنّ المالك في هذه الموارد عنوان كلّي ذات مصاديق عديدة، ولا مانع من ذلك، لأنّ سبب الملكيّة الكلّية حاصل من خلال جعل الجاعل واعتباره، فمن حقّه الجعل والاعتبار، فقد يكون كليّاً وقد يكون جزئيّاً، فإذا كان كليّاً كانت مصاديقه كلّي الأفراد المنطبقة عليها العنوان المجعول، أمّا إذا كان السبب المجعول جزئيّاً قائماً بالشخص، فحينئذٍ لايعقل فرض المصاديق المجعولة كليّاً برغم جزئيّة السبب كما في المقام، حيث أنّ عنوان الضمان متعلّقٌ بخصوص ذمّة المستولي على المال، ولذلك كان الصحيح أن يُقاس المقام بباب الحيازة ـ حيث أنّ سببها قائمٌ بالشخص وهو الرجل المعيّن الذي يقوم بعمليّة الحيازة ـ دون الملكيّة الكلّية.

ورابعاً: أمّا تنظيره المقام بباب الواجب الكفائي، وتصوير الضمانات المتعددة

---

(١) في المصدر: «تضلّ».

لمضمون واحد بنحو الوجوبات المتعدّدة في الواجب الكفائي، بأن يكون ضمان كلّ واحد مشروطاً بعدم أداء الآخر لا بعدم الآخر ليستلزم المحال، فممنوعٌ لجهتين:

الجهة الأولى: استلزام القول به فساداً لا يمكن الالتزام به، وهو ما أشار إليه المحقّق النائيني في مباحثه الأصوليّة، من أنّه لو اعتبرنا التكليف بغُسل الميّت متوجّهاً إلى كلّ فرد بشرط عدم قيام غيره بذلك، فإنّ تاليه الفاسد ترتّب التكليف على كلّ فرد عند ترك الجميع، وصيرورة كلّ فرد موضوعاً للوجوب العيني، بعد انقلاب الواجب الكفائي إلى الواجب العيني، وتلافياً لهذا الإشكال اضطرّ المحقّق النائيني إلى الإلتزام بالإرادة المردّدة[1] في مثل الواجبات الكفائيّة، وبالتالي فلو شرطنا الضمان في المقام بعدم أداء الآخر، فإنّ لازمه ثبوت الضمان بعدد جميع الأيادي عند امتناع الجميع عن الأداء، وهو كرٌّ على ما فرَّ منه. والعجب أنّ السيّد الخوئي لم يتعرّض لهذا الإشكال والإجابة عنه، بل اعتمد على هذا المبنى الفاسد في ردّه على المحقّق النائيني، وفي اعتقادي أنّ سبب إعراض النائيني وتأكيده على مبناه المذكور، فراره عن هذه الملازمة الفاسدة.

الجهة الثانية: حتّى لو سلّمنا الواجب الكفائي حسب تصوير المحقّق النائيني، واعتبرنا جميع الأيادي ضامنة بشرط عدم الأداء، فهو برغم ذلك غير كافٍ في دفع الإشكال، لأنّ الأداء وعدم الأداء فرعي ثبوت الضمان، ومادام لا ضمان لا يعقل تحقّق موضوعي الردّ والأداء.

وبعبارة أُخرى: يجب أوّلاً تحقّق الضمان بقاعدة اليد، ليأتي بعده للحديث عن أداء الضامن وعدم أداءه.

ومع ملاحظة هذه المقدّمة، فإنّ اشتراط ضمان كلّ واحدٍ بعدم أداء الآخر، يستلزم الدور الممنوع، لأنّ ضمان كُلِّ فَرْدٍ يتوقّف على عدم أداء الآخر وبالعكس، فضمان الأوّل متوقّف على عدم أداء الآخر الذي هو متفرّعٌ بنفسه على ضمان الأوّل، وهذا دورٌ مع

---

(١) الارادة المرددة تحقّق في موردين: أ: في ما إذا كان وجود المتعلّق وجوداً قائماً بالإرادة المردّدة مع تعيّن المراد كما في الواجب التخييري.

ب: في ما إذا كان وجود المتعلق وجوداً قائماً بالإرادة المرددة مع تردّد المراد كما في الواجب الكفائي.

الواسطة، لتوقّف ضمانه على عدم ضمان الأوّل، وكذلك الأمر في الطرف الآخر، وبالتالي فضمان كلّ طرف متفرّع على ضمان الطرف الآخر، ممّا يستلزم الدور ٱلمُحال»[1].

حلّ المشكلة في بيان المحقّق الخراساني ونقده

قال‏‏ في حاشية مكاسبه: «والتحقيق أن يقال: إنّ قضية «على اليد» ليس إلّا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي العادية في عهدة كلّ واحدة منها عيناً، كما إذا كانت وحدها، وهي ليست إلّا اعتبار خاص عقلائي له منشاء مخصوص وله آثار خاصة، من وجوب ردّ العين عيناً لو كانت اليد واحدة، وكفائياً لو كانت متعددة، ووجوب التّدارك بالبدل مع تعذّر ردّها، أو تلفها من دون اشتغال الذّمة به أصلاً، لا حال التّمكن من الرّد، كما هو واضح، ولا حال التّعذر، أو التّلف، وذلك لبقاء ضمان العين وعهدتها، لعدم مجيئ الغاية، وهي التأدية، ولذا يجب في صورة التّعذر، لو تدارك ردّ العين نفسها إذا تمكن منه، وكذا مع التّلف، لو اتّفق على خلاف العادة، تمكنّه من ردّها، ومعه لاوجه، ولا سبب لاشتغال الذّمة ببدلها، كما لايخفى، كي يلزم اشتغال ذمّة المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد، ولايكاد يكون بدل الواحد، إلّا الواحد، وأمّا كون الواحد في عهدة المتعدّد، بحيث يجب على كلٍّ واحد كفائيّاً، ردّه إلى مالكه، وتخيير المالك في الرجوع إلى الكلِّ، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضية (على اليد).

وامّا حديث جواز رجوع اليد السّابقة إلى اللاحقة، لو رجع إليها المالك، المستلزم لكون قرار ضمان التّالف على مَنْ تلف عنده، مع المساواة فيما هو سبب الضمان، فهو أيضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، في ضمان الآخر، لواحد آخر، وأحكامه عند العرف، ويؤيّده الاعتبار، ولم يردع عنه في الأخبار؛ فلابدَّ من ٱلِالْتِزامِ به شرعاً، كما هو الحال في جلّ أحكام الضمان، حيث انّه لاوجه له إلّا التّبوت عرفاً، وعدم الرّدع عنه شرعاً، وكشف ذلك عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضّمان، فتدبر جيّداً؛ وقد

---

(١) العقد النضيد ٤/(٤٨-٤٥).

انقدح بذلك ما في كلامه من مواضع النظر، كما يشير إليه»[١].

ولكن يرد عليه أوّلاً: ليس ضمان اليد عقلائياً ولاسيّما مع تعاقب الأيادي على وجه يفتىٰ به الأصحاب ـ قدس الله أسرارهم ـ فلابدّ من الرجوع إلى قاعدة اليد التعبدية.

وثانياً: ما ذكرهُ﴿ره﴾ لا يرفع الإشكال ولاسيّما على مسلكه في الواجب الكفائي من أنّه سنخ وجوب متعلّق بالكلّ ولو أتى الجميع به يكون الكلّ ممتثلاً[٢] فإنّ تعلّق التكليف على كلٍّ واحدٍ بأداء البدل عرضاً، يلزم منه تعدّد البدل لشيءٍ واحد. فيرد الإشكال حتّى مع عدم اشتغال الذمم.[٣]

وثالثاً: ما ذكره﴿ره﴾: من أنّ ذمم الأيادي المتعاقبة جميعها ضامنة للعين دون البدل مع فرض وجودها ومع تلفها عليهنَّ تدارك العين من المثل أو القيمة والعين واحدة وتداركها واحد، ولكن يرد عليه: من أنّ هناك تكاليف متعددة على رغم وحدة العين والتدارك والمضمون والمؤدّىٰ فيعود الإشكال لأنّ مع فرض وحدتها يجب ردّ واحد بتكليف واحد لا تكاليف متعددة بالردّ.

ورابعاً: مع فرض وجود العين لا يمكن فرض ضمانها على الذمة واشتغال الذمة بها، لأنّه يجب ردّها، ولكن مع فرض تلفها فلابدّ من اشتغال الذمم بتداركها من المثل والقيمة فيعود إشكال تعدد المضمون والبدل في مقابل مال واحد.[٤]

حلّ المحقّق العراقي ونقده

قال﴿ره﴾ في رسالته المستقلة في بحث تعاقب الأيدي ما نصه: «ولكن أنت خبير بأنّ أصل الشُّبْهَة لا موقع لها، فضلاً عمّا التزموا به في جوابها. وذلك لأنّ الغرض من تعدّد البدل إن كان ما يقوم مقام المبدل فعلاً فهو في غاية المتانة، ولكن ما على الأيدي قبل أدائها إلى المالك لا يقوم مقام مبدله إلّا بعد أدائه المسقط للبقيّة بلا تصوّر تعدّد في هذا المقام. وإن

(١) حاشية المكاسب /٨٢ و ٨٣.

(٢) كفاية الأصول /١٧٧.

(٣) الإشكالان الأوّلان للسيّد الخميني﴿ره﴾ في كتاب البيع ٢/ ٤٨٠.

(٤) الإشكالان الأخيران للأُستاذ المحقّق ـ مدظله ـ في العقد النضيد ٤٩/٤.

كان المقصود عدم تعدّد ما يصلح للوفاء بغرض المبدل، فإنكاره مساوق إنكار البداهة، إذ إمكان تعدّد الأبدال لشيء واحد بهذا المعنى كالنار على المنار، ولذا ترى لكلّ دواء ومسهل أبدال متعدّدة، والمفروض أنّ ما على الأيدي المتعدّدة ليس إلّا البدل بهذا المعنى لا بالمعنى السابق، كما عرفت.

فإن قلت: ظاهر «على اليد ما أخذت» أنّ نفس العين الشخصيّه على أيدي متعدّدة لا أبداله، وحينئذٍ يلزم محذور آخر أشدّ من المحذور السابق، وهو أنّه كيف يتصوّر لشيء واحد شخصي وجودات متعدّدة أو أمكنة مختلفة؟

قلت: ما أُفيد كذلك لو كان ما على الأيدي المتعدّدة وجودات حقيقيّة متعدّدة، وليس كذلك، بل غاية ما في الباب اعتبار وجودات شخصيّة بتعدّد الأيدي عليها، وتصوّر الوجودات المتعدّدة الاعتباريّة أيضاً لشيء واحد في الوضوح كالشمس في رابعة النهار. وحينئذٍ فلا قصور في اعتبار وجود للعين على كلّ واحدة من الأيدي مستقلاً ويقال بأنّ على كلّ يدٍ وجود شخص «ما أخذت» بالعناية المزبورة. وبهذه العناية لا يُحتاج إلى الالتزام بتغيير سياق العامّ بين من بيده التلف وغيره بجعل الخطاب في الأوّل وضعيّاً وفي غيره تكليفيّاً، ولا إلى الالتزام بوحدة الوجود وتعدّد الإضافة، خصوصاً مع أنّ الظاهر من العامّ أنّ ما «على اليد» عين «ما أخذت» لا إضافته بالجملة، فلا قصور في اعتبار تعدّد وجود «ما أخذت» حسب تعدّد الأيدي بلحاظ تعدّد الأبدال القائمة عليها وبملاحظة أنّ وجود البدل نحو وجودٍ للمبدل، وهذه الجهة هي مصحّح العنايتين في وجودات العين على حسب تعدّد الأيدي»[1].

«ويرد عليه: ببطلان قياسه المذكور، حيث لا مجال لقياس الأُمور التشريعيّة بالأُمور التكوينيّة، إذ لا مانع في الأخيرة من جعل أبدال متعدّدة لها برغم وحدة الشيء، وهذا بخلاف الأُمور التشريعيّة، حيث يستحيل أن يتعدّى التشريع عن الملاك، أو أن

(١) رسالة في تعاقب الأيدي ٢/ و ٣، المطبوعة مع قضاء المحقّق العراقي، المطبوعتان في ضمن كتاب بحوث في القضاء في ضمن منشورات جماعة المدرسين بقم المقدسة.

تكون دائرته أضيق من الملاك، وبالتالي إذا لاحظنا ملاك التشريع في تلف مال الغير، نجد أنّ الركيزة والعلّة الأساسيّة التي لأجلها شُرّع بدل المثل في المثلي والقيمة في القيمي، هو تدارك فوت العين، وجعل ما يسدّ الخلل الحاصل من فوتها، ومن المعلوم أنّ ذلك لا يتحقّق إلّا بجعل البدل الفعلي دون الإنشائي، والمفروض وحدة البدل الفعلي، ولذلك يعدّ اعتبار القيم أو الأمثال المتعدّدة وتعلّقهما بذمم مختلفة، برغم وحدة البدل الحقيقي الفعلي أمراً خارجاً عن الملاك التشريعي المذكور، فيعود الإشكال مرّةً أُخرى، لأنّ الذي فيه الملاك ليس إلّا قيمة واحدة أو مِثْل واحد، فيصبح فرض المتعدّد من الذمم المشتغلة بالقيم والأمثال ممنوعاً»[١].

جواب المحقّق الايروانيّ لحلّ الإشكال

قال: «اعلم: أنّ العين في صورة توارد الأيدى إمّا تكون قائمةً أو تالفةً.

لا إشكال على الأوّل وأنّ كلّ من جرت يده عليها مكلّف بالأداء ومع حصول الأداء بفعل واحد منهم أو من غيرهم حتّى بمثل إطارة الريح يسقط التكليف بالأداء.

وأمّا على الثاني فإمّا أن يكون في البين غرور أو لا.

لا إشكال على الأوّل وأنّ قرار الضمان يكون على الغارّ.

وأمّا على الثاني فإمّا أن يكون التلف بإتلاف متلف من ذوى الأيدى أو من غيرهم أو لا.

لا إشكال على الأوّل وأنّ الضمان يكون قراره على المتلف.

و أمّا على الثاني فقد حكموا بأنّ قرار الضمان يكون على من تلفت العين في يده بعد اشتراك جميع في أصل الضمان ولكن مدرك ذلك غير واضح بل لا وجه لذلك بعد اشتراك الجميع في أصل الضمان وسببه وهو اليد، بل هناك إشكال آخر يعمّ جميع صور توارد الأيدى، وهي هذه الصورة منضمة إلى الصور السابقة.

وحاصل الإشكال: هو أنه كيف يعقل ضمان أشخاص متعدّدين وإشغال ذممهم

---

(١) العقد النضيد ٤/ ٥٠.

ببدل واحد؛ فإنّ اشتغال ذمم متعدّدين بالبدل يتصوّر على وجوه:

الأوّل: ثبوت أبدال متعدّدة في ذمم متعدّدة على أن يكون كلّ ذمّة مشغولة ببدل تامّ.

الثاني: ثبوت بدل واحد في ذمّة الجميع على سبيل التوزيع والتقسيط، فيشتغل كلّ ذمّة بجزء من ذلك البدل، وتشتغل الجميع بنسبة عددهم أو لا بتلك النسبة.

الثالث: ثبوت بدل واحد معتبر في ذمّة هذا ثمّ في ذمّة ذلك وهكذا إلى الآخر.

الرابع: ثبوت بدل واحد على سبيل البدل في ذمم أشخاص متعدّدين.

فهذه أربع صور، لا إشكال في معقوليّة الأوليين، إلّا أنه لا يلتزم بهما أحد ولا تساعد عليهما الأدلّة.

وأمّا الثالثة: فهي غير معقولة، ولازمها أنْ تكون الذمم المتعدّدة ذمّة واحدةً، ومثلها في عدم المعقوليّة الصورة الرابعة، وقياسها على الواجب الكفائيّ فيكون هنا الوضع متعلّقاً بواحد على سبيل البدل كما هناك التكليف متوجّه إلى واحد على سبيل البدل باطل؛ فإنّ التكليف أيضاً لا يعقل أن يتعلّق بواحد على البدل، والّذي يعقل هو تكليف الكلّ، ولكن سقوطه عن البقيّة بإتيان البعض ولو جرىٰ مثله في المقام لزم استحقاق المالك لأبدال متعدّدة لو اجتمع الكلّ على أداءِ ما في ذمّتهم، كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتّفق الكلّ على الامتثال في الواجب الكفائيّ، لكن ذلك باطل هنا، ولا يلتزم به أحد؛ إذ لا يستحقّ المالك في جميع الحالات أزيد من بدل واحد.

نعم، يمكن أن يقال باشتغال ذمّة كلّ واحد بدفع ما يسدّ مَسَدَّ العين، وهذا ممّا لا ينطبق على أزيد من بدل واحد، فلو اجتمع الكلّ على دفع أبدال لم ينطبق عنوان البدل إلّا على واحد من تلك الأبدال المدفوعة، ولم يكن للمالك قبض الجميع بعنوان البدليّة بل له قبض واحد منها بذلك العنوان، وأيّاً منها قبض كان هو البدل وردّ البقيّة إلى أهلها، فحصل الفرق بين المقام وبين الواجب الكفائيّ؛ فإنّ المطلوب من كلّ واحد من المكلّفين هناك هو الطبيعة، وهي تتحصّل في ضمن أفراد كما تتحصّل في ضمن واحد بخلاف البدل السادّ مسدّ العين هنا؛ فإنّه لا ينطبق على أزيد من بدل واحد، وذلك الواحد يتعيّن بقبض المالك،

كما يتعيّن الحقّ في كلّ مقام بقبض ذي الحقّ.

والحاصل، أنّ التكليف بأداء البدل متوجّه إلى الكلّ والذمّة مشغولة من الكلّ، فيجب على الكلّ تفريغ ذمّته، ولكن الفراغ يحصل بقبض المالك للمال بعنوان البدليّة، نعم لو قبض الكلّ على أن يكون واحد منها لا على التعيين هو البدل أشكل الأمر وحصل الاشتباه والتردّد في كلّ من الأبدال المدفوعة بين أن يكون مالكه هو أو مالكه هو المالك الأصليّ، فصار المتحصّل معقوليّة اشتغال ذمم الكلّ على سبيل التعيين بدفع عنوان البدل، ولكن عنوان البدل عنوان لا ينطبق إلّا على بدل واحد، وإذا انطبق على واحد ارتفع اشتغال الذمّة وارتفع التكليف، لكن هذا كلّه في مقام التعقّل.

وأمّا في مقام الفعلية ودلالة الأدلّة عليه فدليل على اليد بناءً على إفادته للضمان يدلّ على ضمان الكلّ؛ لاستقلال الكلّ باليد على العين، وأمّا السقوط بأداء البعض فذلك ليس قصراً في دلالة الدليل وتصرّفاً في ظاهره ليحتاج إلى القرينة، بل ذلك من باب ارتفاع الخطاب بارتفاع موضوعه فلا إشكال.

ثمّ، إنّ استفادة الضمان والعهدة من دليل على اليد موقوف على أن يكون المراد من الموصول فيه عنوان المال الّذي هو مأخوذ بأخذ العين الشخصيّة، أمّا إذا أريد العين الشخصيّة المأخوذة كان ظاهر الدليل حينئذٍ مجرّد التكليف بحفظ العين الشخصيّة المأخوذة حتّى يؤدّيها إلى مالكها، وكان ذلك أجنبيّاً عن مسألة الضمان بل عن مسألة ثبوت التلكيف بردّ العين إلّا على تقدير الردّ دون الحفظ، لكن تقدير الرد والأداء لا يناسب الغاية وقوله: «حتى تؤدّي» فلا جرم يتعيّن تقدير الحفظ وعدم التعدّي والتفريط فيما أخذت حتّى تؤدّي»[1].

محاولة المحقّق الخمينيّ ﵀ للإشكال

قال: «إنّ الضمان والغرامة وجبر الخسارة والبدلية والعوضية ماهيات لا تقبل التكرار، لا عرضاً ولا طولاً فالغرامة لا يعقل أن تتكرّر، بحيث يقع لها مصداقان بصفة

---

(١) حاشية المكاسب ٢/(٣٤٦-٣٤٤).

الغرامة، فإذا كان عليه عشرة فأدّى عشرين، لا يعقل وقوع تمام العشرين بصفة الغرامة.

كما أنّه إذا أدّى العشرة لا يعقل أن تقع العشرة الثانية غرامة وجبراناً وعوضاً وبدلاً، بل في المثال الأوّل تقع العشرة المشاعة غرامة، وفي الثاني يقع أوّل مصداق غرامة.

فإذا ضمن الإثنان أو الأكثر مال الغير بضمان اليد مثلاً، يقع على عهدة كلّ المال بعنوان الغرامة، فتشتغل ذمّة كلّ منهما أو منهم بضمان البدل أو ضمان الخسارة، ولازم ذلك ـ بعد عدم تعقّل التكرار في الماهيّة ـ أنّ كلّاً منهم ضمن ما ضمن الآخر، أي المال بعنوان الغرامة.

كما أنّ لازم ذلك، هو أنّ كلّاً منهم مكلّف بأداء الغرامة، لكن إذا اغترم أحدهم، سقط باغترامه عنوان الغرامة، والمفروض أنّ ما تعلّق بذمم الباقين، هو المال بعنوان الغرامة والبدليّة لا غير، فإذا سقطت البدليّة والغرامة، ينتفي موضوع الضمان والغرامة.

فالإشكال ليس من ناحية اشتغال الذمم، بل من ناحية أنّ اللازم وجوب اغترامات كثيرة لشيء واحد، وقد عُلم أنّ ذلك غير لازم من اشتغالات الذمم؛ لأنّ كلّ ذمّة مشتغلة ـ مستقلّة ـ بعنوان واحد لا يعقل التكرار فيه.

وهذا نظير كفالة أزيد من واحد عن شخص واحد، فإنّ كلّاً كفيل مستقلّاً، وعلى عهدة كلّ إحضار المكفول، ولكن عنوان الإحضار أمر غير قابل للتكرار، ولا يعقل إحضاران بعد كون المطلوب والمضمون صرف الوجود.

وهذا أمر موافق لاعتبار العقلاء وللأدلّة؛ فإنّ ظاهر «على اليد ما أخذت...»(١) أنّ كلّ أخذ سبب للضمان إذا تلف، فإذا تلف يضمن كلّ آخذ بضمان مستقلّ تعييناً، لكن ماهيّة الضمان تأبىٰ التكرار.

وإن شئت قلت؛ كلّ منهم ضامن لما ضمنه غيره.

وممّا ذكرنا يظهر حال ضمان المهر؛ فإنّ المهر أيضاً أمر لا يقبل التكرار، فالزوج

---

(١) مسند أحمد ٨/٥؛ سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، ح٢٤٠٠؛ سنن البيهقي ٩٥/٦؛ عوالي اللآلي ٢٢٤/١، ح١٠٦، و ٣٨٩، ح٢٢، و ٣٤٥/٢، ح١٠، و ٢٤٦/٣، ح٢، و ٢٥١، ح٣؛ مستدرك الوسائل ٧/١٤، كتاب الوديعة، الباب ١، ح١٢، و ٨٨/١٧، كتاب الغصب، الباب ١، ح٤.

ضامن لما ضمنه الغارّ، والغارّ كذلك، وإذا أدّى كلّ منهما في عرض الآخر، لا يقع تمام ما أدّيا مهراً، وهو واضح.

وربّما يقال: إنّ الواحد الذي يعتبر في محالّ متعدّدة، تارة: يكون واحداً شخصيّاً، وأُخرى: كطبيعيّ البدل واحداً طبيعيّاً.

فالأوّل: لا تتبدّل وحدته بفرضها في محالّ متعدّدة اعتباريّة، بخلاف الثاني، فإنّ طبيعيّ البدل يتحصّص بكلّ ذمّة، ومورد الإشكال هو البدل.

ففرض البدليّة يقتضي الوحدة، وفرض تعدّد الذمم المقتضي لتعدّد الحصص مناف للبدليّة.[١]

وفيه: أنّ تعدّد الذمم، لا يوجب تحصّص الطبيعيّ بعد فرض عدم إمكان التكرار فيه، وما يوجب التحصّص هو القيود اللاحقة بالطبيعيّ، لا اعتباره في الذمم؛ إذ ليس الاعتبار فيها كالوجود الذهنيّ الموجب للتكثّر، ولا برهان على أنّ الاعتبار ـ كذلك ـ مقتض للتحصّص.

بل الواقع على خلافه؛ لأنّ الماهيّة غير القابلة للتكرار إذا اعتبرت في الذمم، تكون ما اعتبرت في ذمّة عين ما اعتبرت في الأُخرى.

ولعلّ الخلط بين الوجود الذهنيّ والاعتباريّ في الذمم، موجب للاشتباه، فلا فرق بين الواحد الشخصيّ والنوعيّ في ذلك أصلاً.

مع أنّ في الوجود الذهنيّ إذا تعلّق اللحاظ بنفس الماهيّة، أيضاً كلاماً»[٢].

---

(١) حاشية المكاسب، للمحقّق الأصفهاني ٢/٣١١.

(٢) كتاب البيع ٢/(٤٧٥-٤٧٣).

حكم الأيدي المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض

قال الشيخ الأعظم: «وأمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارّاً له...»[1].

أقول: أمّا حكم المسألة فهنا صورتان:

الأولى: اللاحق الدافع للبدل إلى المالك يرجع إلى السابق الغارّ، لرجوع المغرور إلى مَنْ غرّه. ولو دفع السابق الغار فلا يرجع إلى اللاحق المغرور إذ لا معنى لرجوع السابق الغار للاحق المغرور بما لو دفعه اللاحق ضمن السابق ما دفعه للاحق.

الثانية: وهي العمدة أنّ اللاحق الذي تلف المال بيده بتلف سماوي ـ لا الإتلاف لأنّ حكم المتلِف بقاعدة الإتلاف واضح ـ إذا دفع بدل المال إلى مالكه لا يحقّ له الرجوع إلى السابق ومطالبته بالبدل وأمّا السابق إذا دفع البدل إلى المالك يحق له الرجوع إلى اللاحق تلف المال بيده.

قال المحقّق: «ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغصوب تخيَّرَ المالكُ في إلزام أيِّهم شاءَ، أو إلزام الجميع بدلاً واحداً»[2].

---

(١) المكاسب ٣/٥٠٨.

(٢) الشرائع ٣/١٨٥.

وقال العلّامة: «والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان، فيتخيَّر المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومَنْ تترتّب يدُه على يده... ويستقر الضمان عليه إن تلف عنده فلا يرجع على الأوّل لو رُجع عليه ويرجع الأوّل عليه لو رُجع على الأوّل...»[1].

قال العلّامة في غصب التذكرة: «كلّ يدٍ ترتّبت على يد الغاصب فهي يد ضمانٍ، حتّى يكون للمالك الخيار في المطالبة لِمَنْ شاء منهما، فإن شاء طالب الغاصبَ عند التلف، وإن شاء طالب مَنْ ترتّبت يده على يده.

ولا فرق بين أن يكون الثاني عالماً بالغصب أو لم يعلم في ثبوت الضمان عليه؛ لأنّه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل ليس مُسْقِطاً للضمان.

ثمّ الثاني إن كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكلّ ما طالب به الغاصب، فإن تلف المغصوب في يده فاستقرار الضمان عليه، فلو غرّمه المالك لم يرجع على الغاصب الأوّل بشيءٍ؛ لأنّه ظالم بإمساك مال الغير في يده مع علمه بأنّه له، وقد حصل التلف في يده، ولو غرّم الأوّل رَجَعَ عليه.

هذا إذا لم تختلف قيمة العين في يدهما أو كانت في يد الثاني أكثر، ولو كانت في يد الأوّل أكثر لم يكن للمالك مطالبة الثاني بالزيادة، لأنّها تلفت في يد الأوّل قبل الوصول إليه، وإنّما يطالب الأوّل بها لا غير ويستقرّ ضمانها عليه، فليس له الرجوع على الثاني بها، ولو رجع المالك عليه بالأصل والزيادة، كان له الرجوع على الثاني بالأصل خاصّة دون الزيادة.

وإن جهل الثاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان ـ كالعارية مطلقاً عند العامّة[2]، وفي صُوَر الضمان عندنا، والمأخوذ بالسوم والشراء صحيحةً وفاسدةً ـ استقرّ الضمان على الثاني.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٢٢٤.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٥/ ٤٠٨، روضة الطالبين ٤/ ٩٩.

وإن كانت يدّ أمانةٍ ـ كالوديعة والعارية في غير صُور الضمان، والإجارة والرهن والوكالة ـ استقرّ الضمان على الغاصب.

ومذهب أكثر الشافعيّة على ما قلناه.[١]

ولهم وجهٌ آخَر فيما إذا كانت يدُه يدَ أمانةٍ وكان جاهلاً بالغصب، فإنه لايكـون ضامناً، كما أنّه لايستقرّ الضمان عليه.[٢]

ولهم وجهٌ آخَر فيما إذا كانت يدُه يدَ أمانةٍ، كالوديعة والإجارة وشبههما، فإنّه يثبت قرار الضمان فيها وإن كان جاهلاً.[٣]

[والقرض][٤] معدود من أيدي الضمان...»[٥].

وقال صاحب الجواهر في شرح قول المحقّق: «(ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغصوب تخير المالك في إلزام أيّهم شاء أو إلزام الجميع) أو البعض (بدلاً واحداً) على حد سواء أو مختلفاً بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، بل في مجمع البرهان دعواه، لأن كلاً منهم غاصب مخاطب بردّ العين أو القيمة لقوله ﷺ: ««كلُّ مغصوب مردود»[٦]. على «على اليد ما أخذت»[٧] وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٨] و ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ﴾[٩] وغيرهما ممّا دلّ على العقاب بمثل ما عوقب[١٠] وأن ﴿الْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾[١١]

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضة الطالبين ٤/٩٩.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضة الطالبين ٤/٩٩.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضة الطالبين ٤/٩٩.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطّيّة والحجريّة: «والقبض». وما أثبتناه كما في العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٩ وروضة الطالبين ٤/١٠٠.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٩/١٨٤ و ١٨٥.

(٦) وسائل الشيعة ٩/٥٢٤، ح٤، الباب ١ من أبواب الانفال. وفيه: «الغصب كلّه مردود».

(٧) مستدرك الوسائل ١٧/٨٨، ح٤، الباب ١ من كتاب الغصب، وسنن البيهقي ٦/٩٥.

(٨) سورة البقرة /١٩٤.

(٩) سورة يونس /٢٧.

(١٠) سورة النحل /١٢٦.

ونحوه.

ولا فَرْقَ في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه، نعم قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم، بمعنى أنه لو رجع المالك على غيره رَجَعَ هو عليه مع فرض عدم زيادة في العين يختص الأوّل بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فانه لا رجوع له على غيره، لأنّ ذمته المشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدىّ بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعية القهرية.

وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فيحنئذ يرجع عليه ولا يرجع هو.

كما أنه اتضح لك أيضاً جواز مطالبة الكل ببدل واحد على السواء ومختلفاً، لأنه إذا جاز له مطالبة كلّ منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى، ويرجع حينئذ غير من تلف المال في يده على من تلف المال في يده بمقدار ما أدّى»(١٢).

وقال صاحب مفتاح الكرامة في شرح قول العلّامة «ويستقر الضمان عليه...»: كما في التذكرة(١٣) وجامع المقاصد(١٤) والمسالك(١٥) والروضة(١٦) والكفاية(١٧) وهو قضية كلام غيرهم، لأنّه ظالم بإمسالك مال الغير في يده مع علمه بأنّه له وقد حصل التلف في يده فكانا متساويين في كون كلٍّ منهما غاصباً، وانفراد الثاني بزيادة وهي كون التلف في يده

---

(١١) سورة البقرة /١٩٤.

(١٢) الجواهر ٣٣/٣٧ و ٣٤.

(١٣) تذكرة الفقهاء ١٨٤/١٩.

(١٤) جامع المقاصد ٢٢٥/٦ و ٢٢٦.

(١٥) المسالك ١٥٦/١٢.

(١٦) الروضة البهية ٢٧/٧.

(١٧) كفاية الأحكام ٦٤٩/٢.

فيختص ببدله، فلو رُجع على الأوّل استحق الرجوع عليه دون العكس...»[١].

ثمّ إنّ هنا عويصة:

وهي: إنّ دليل الضمان هنا هو قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدي والقاعدة بإطلاقها تشمل كُلَّ مَنْ تم استيلاء يده على المال، والاستيلاء وجعل اليد على المال مشترك بالنسبة إلى السابق واللاحق، فلماذا يُحكم برجوع السابق إلى اللاحق الذي تلف المال بيده في تلف سماوي وعدم رجوع هذا اللاحق إلى ذاك السابِق؟!

نعم، لو كان اللاحق متلِفاً لم يكن في البين إشكال لأنّ قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن تشمله، ولكن ليس هنا إتلاف بل تلف سماوي من دون إتلاف.

ولذا تصدى الأصحاب ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ لحلّ هذه العويصة من سالف الزمان نتعرض لبعض حلولهم:

١ـ جواب صاحب الجواهر ﷺ

مرّت مقالته حيث قال: «... وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمّي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمالٍ واحدٍ، فحينئذٍ يُرْجع عليه ولا يَرْجِعُ هو»[٢].

مراده ﷺ: الغاصبون كلّهم مكلفون بردّ العين المغصوبة بقاعدة على اليد ولكن من تلفت العين بيده ذمّته مشغولة بأداء البدل ولذا يستقر الضمان عليه دون غيره.

بعبارة أُخرى: غير من تلف المال بيده مخاطب باخطابِ التكليفي فقط ـ وهو تلكيف بالأداء ـ ولكن من تلف المال بيده مخاطب باخطابِ التكليفي والوضعي معاً فيستقر ضمان المال عليه وحينئذ يُرْجع عليه ولا يَرجع هو.

وبعبارة ثالثة: «أنّ الخطابات المتوجّهة إلى الغاصب الأوّل والثاني أعني مَنْ تلف عنده المال ليست مِنْ سِنْخٍ واحِدٍ بلْ سِنْخان، فالخطاب المتوجّه إلى الأوّل إنّما هو مجرد

---

(١) مفتاح الكرامة ١٨/٩٧.

(٢) الجواهر ٣٧/٣٤.

خطاب تكليفي بأداء بدل المال من دون أن تكون ذمّته مشغولة به أبداً، وأمّا الخطاب المتوجّه إلى مَنْ تلف عنده المال وهو الغاصب الثاني مثلاً فهو خطاب وضعي وذمّته مشتغلة بالعوض، فإذا رجع المالك إلى الأوّل فهو يرجع إلى اللاحق لأنّه بأداء البدل يكون مالكاً للتالف، ولا مانع من فرض الملكية في التالف والمعدوم كما في الخيار فله أن يرجع إلى قيمته أو بغيرها من لوازم الملكية، وأمّا إذا رجع المالك إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى السابق إذ لا اشتغال في حقّه بشيء وإنّما كان الخطاب تكليفياً في حقّه وقد سقط بوصول المالك إلى حقّه، هذا»[١].

مُناقَشة الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر

ولكن ناقشه الشيخ الأعظم[٢] بوجوه خمسة:

الأوّل: مستند الضمان هو قاعدة على اليد وهي مشتركة بين مَنْ تلف المال بيده وغيره فلماذا جعلﷺ الخطاب الأوّل وضعياً وتكليفياً معاً، والثاني تكليفيّاً فقط؟

بعبارة أُخرى: «أنّ مدرك الضمان ليس إلّا قاعدة اليد في المقام، كما أنّ الخطاب المتوجّه للسابق واللاحق منحصر بها، وعليه فكيف يكون الخطاب الواحد وهو قاعدة اليد يعني على اليد ما أخذت تكليفياً بالاضافة إلى السابق ووضعياً بالاضافة إلى اللاحق؟!»[٣].

وهذا الإشكال يرجع إلى مقام الإثبات.

الثاني: كيف يمكن تعليل استقرار الضمان على مَنْ تلف المال بيده بالفرق بين الخطاب الوضعي والتكليفي؟ وهذا الفرق كيف يعلل رجوع الغير إلى من تلف المال بيده وأنّه لا يرجع إلى غيره؟ مع أنّ الخطاب الوضعي عند الشيخ الأعظم ينتزع عن الخطاب التكليفي بأداء البدل وهو مشترك بين الجميع.

بعبارة أُخرى: هذا الإشكال «يرجع إلى مقام الثبوت فهو مبنيٌّ على ما أفاده في

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ١٠٨/٢.

(٢) راجع المكاسب ٥٠٩/٣ و ٥١٠.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ١٠٩/٢.

الاستصحاب من أنّ الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية. فالضمان حكم وضعي ينتزع عن إيجاب أداء البدل، فما معنى أنّ الحكم في السابق تكليفي وفي اللاحق وضعي مع أنّهما متلازمان»[١].

الثالث: تخصيص اشتغال الذمة بخصوص من تلف المال بيده خلافُ ما يعرف من عدم خلاف أحدٍ في اشتغال ذمّة كلّ واحدٍ من ذوي الأيدي الغاصبة بالمال وأنّه لا يسقط إلّا بأداء أحدهم أو إبرا المالك.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم[٢] أربعة أحكام للدين تنظيراً بإثبات الحكم الوضعي واشتغال ذمّة الأيدي المتعاقبة رداً على صاحب الجواهر ﷺ بإثبات الخطاب الوضعي لمن تلف المال عنده فقط والخطاب التكليفي لغيره وله.

[أ] يجوز إجبار المديون على أداء الدين ولو امتنع أجبره الحاكم وإلّا دفع الحاكم عنه من ماله ويجوز للدائن استيفاء حقّه بنفسه عند تعذر الوصول إلى الحاكم أو معه وهو الذي يُسمىٰ بالتقاص.

[ب] تقديم الدين على الوصية إجماعيٌّ في الآية الشريفة[٣] فلو أوصى بعض ذوي الأيدي فمات جاز للمالك مطالبة ورثته ببدل العين المضمونة حتّى لو تلفت بيد شخص آخر واللازم على الورثة أداء الدين ثمّ تنفيذ الوصية وهذا يعني اشتغال الذمة والحكم الوضعي لا مجرد وجوب الأداء تكليفاً.

[ج] في بحث الإفلاس، إذا وجد الغريم عين ماله جاز له أخذها حتّى لو لم يكن سواها كما جاز له أن يضرب مع الغرماء بدينه، بأنْ يجعلها بين جميع الغرماء حتّى يستوفي كل منهم حقّه بنسبة حصته.

وعليه فلو رجع المالك إلى بعض الأيدي ووجده قد أفلس وليس عنده إلّا العين المضمونة جاز له الضرب مع الغرماء بأن يجعل ما وُجد عند المفلّس مالاً مشتركاً بين

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٩.

(٢) المكاسب ٣/٥١٠.

(٣) سورة النساء /١٢.

الدَّيّان، فيأخذ كلُّ منهم حصته منه كما جاز له أن يأخذ ماله بعينه.

[د] يجوز للدائن أن يتصالح مع المديون على ما في ذمّته إمّا بعوضٍ أو مجاناً، كي تبرأ ذمّة المديون وكذلك في المقام يجوز للمالك أن يُصالح مع أحد الغاصبين بعوض أو مجاناً.

وجريان هذه الامور كُلَّها في المقام شاهد على كون المالك يملك ما في ذمة الغاصبين وحينئذ ليس حكمهم حكماً تكليفيّاً بَحْطاً في غير من تلف المال بيده بل يجرى في حقّ جميعهم ٱلْحُكْمانِ: التكليفيُّ وَٱلْوَضْعِيُّ معاً.

وبعبارة أُخرى: «إنّ الضامن السابق لو كان خطابه مجرّد حكم تكليفي لما أمكن إخراج دينه من تركته على تقدير موته، ولما صحّ أن يصالحه المالك على ما في ذمّته مع أنّهما صحيحان ثابتان، لجواز المصالحة على ما في ذمّته وإخراجه عن تركته على تقدير موته، فلنا دليل على عدم كون الخطاب تكليفياً في حقّه، لا أنه مجرد عدم الدليل، هذا»[١].

وهذا الإشكال أيضاً يجري في مقام الإثبات كالإشكال الأوّل.

الرابع: «تملّك غير مَن تلف المالُ بيده لما في ذمّة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يُعلم له سبب اختياريٌّ ولا قهريٌّ»[٢]، لأنّ الأوّل منتفٍ والثاني لا دليل عليه فـ«سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التدارك»[٣].

وبعبارة أُخرى: «إنّ للملكية أسباباً ولا تحصل بدونها أبداً، فإذا فرضنا العين تلفت وأدّى الضامن الأوّل بدلها فبأي سبب ملك [الضامنُ الأوّلُ] العينَ التالفةَ حينئذ، أفبالبيع أو الهبة أو بشيء آخر، والمفروض انتفاؤها بأجمعها، فلا وجه لانتقال المال إلى

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٩.

(٢) المكاسب ٣/٥١٠.

(٣) المكاسب ٣/٥١٠.

ملك مَنْ أدّى عوضه كما لا يخفى، هذا»[١].

الخامس: لازم بيانه عدم رجوع السابق بعد أداء بدل التالف إلّا إلى خصوص مَن تلفت العين بيده، لا إلى كلِّ غاصب لاحق، مع أنّ الظاهر جواز رجوع مؤدِّي البدل إلى كلِّ واحدٍ من الغاصبين بعده «نعم، لو كان [المرجوع] غير مَنْ تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده»[٢].

وبعبارة أُخرى: «إنّ لازم ما ذكره صاحب الجواهرﷺ عدم جواز رجوع السابق إلى الثاني فيما إذا كان المال تالفاً عند الثالث أو الرابع لأنه أيضاً مثله في عدم اشتغال ذمّته بشيء وخطابه تكليفي حسب الفرض، بل لابدّ من أن يرجع إلى الضامن الأخير الذي تلف عنده المال ابتداء مع أنّهم جوّزوا رجوعه إلى الثاني والثاني إلى الثالث وهكذا»[٣].

دفاعٌ عن صاحب الجواهرﷺ

حصيلة إشكال الشيخ الأعظم؛ على صاحب الجواهرﷺ هي عدم الدليل على اشتغال ذمّم متعدّدة في بحث تعاقب الأيدي بحيث يُرى بأنّ صاحب الجواهر يذهب إلى اشتغال ذمم متعددة في بحث تعاقب الإيدي في مغصوب واحد، مع أنّ صاحب الجواهر لا يقول به في كتاب الضمان، بل ذهب إلى إنّه يجب رفع اليد عن ظهور الأدلة التي تدلّ على تعدد الضمان ـ على القول بوجودها ـ والقول بوحدة الضمان مراعاةً للإجماع القائم عند الإمامية بردّ القول بضمان الجميع عرضاً وكذلك بطلان القول بعدم الضمان مطلقاً، فلا يبقى إلّا القول بضمان ذمّة من تلف المال عنده واستقرار الضمان عليه وبهذا البيان يدفع الوجه الأوّل من مناقشات الشيخ الأعظم.

قال صاحب الجواهر في بداية كتاب الضمان من جواهره: «(الضمان) الذي هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منّا[٤] مشتق من «الضمن» لأنّه ينقل ما كان في ذمّته

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٠.

(٢) المكاسب ٣/٥١٠.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٠.

(٤) كالعلّامة في تذكرة الفقهاء ١٤/٢٧٩، والشهيد الثاني في المسالك ٤/١٧١، والسيّد العاملي

من المال، ويجعله في ضمن ذمّة أُخرى، أو لأنّ ذمّة الضامن تتضمن الحقّ، فالنون فيه أصلية.

خلافاً لماعن أكثر العامة[1] من أنه غير ناقل، وإنّما يفيد اشتراك الذمّتين، فاشتقاقه من «الضمّ»، والنون فيه زائدة، لأنّه حينئذٍ ضمّ ذمة إلى ذمّة، فيتخيّر المضمون له في المطالبة.

وفيه ما لايخفى: من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه، إلّا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها، وهو كما ترى.

ومن صعوبة تحقّقه في نحو ضمان النفس، وظهور قوله ﷺ «الزعيم غارم»[2] في اختصاص الغرم به، ولغير ذلك ممّا هو في مذهب الخصم، بعد الغضّ عن عدم تصوّر شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد، وقد بيّنّا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمّة واحدة، وهو مَنْ تلف في يده المال مثلاً، وإن جاز له الرجوع على كلّ واحد، وإلّا فهو منافٍ للمقطوع به من مذهبنا.

وأما الثمرات على القولين فهي واضحة: منها صحّة الدور فيه على مذهبنا ـ كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه، دون مذهبهم.

والتسلسل ـ كأن يضمن أجنبيّ الضامن... وهكذا ـ لتحقّق الشرائط عندنا، فيرجع حينئذٍ كلّ ضامن ـ مع الإذن ـ بما أدّاه على الذي ضمن عنه، لا على الأصيل، وفي الأوّل يسقط الضمان، ويرجع الحقّ كماكان»[3].

وأيضاً يظهر من هذا البيان دفع الوجه الثاني من وجوه مناقشات الشيخ الأعظم من ذميّة الخطاب بالنسبة إلى جميع الأيدي، لأنّ صاحب الجواهر يرىٰ أنّ الالتزام

← في مفتاح الكرامة ٣٤٣/١٦ و ٣٤٤.

(١) راجع المغني ٧٠/٥ لابن القدامة.

(٢) عوالي اللآلي ٢٥٧/٢، ح٣؛ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ٤٣٥/١٣، ح٢، الباب ١ من أبواب كتاب الضمان.

(٣) الجواهر ٢٢٧/٢٧ و ٢٢٨ (١١٣/٢٦).

بذميّة الخطاب بالنسبة إلى الجميع ينشأ من أنّ الضمان مشتقٌّ من ضمّ ذمة إلى ذمّة والنون فيه زائدة وهو مردود عندنا بضرورة المذهب، فحينئذ ينحصر الخطاب الذمي بمَنْ تلف المال بيده.(١)

ويمكن أن يناقش في الوجه الثاني من وجوه مناقشاته أيضاً بأنّ ٱلْـحُكْمَيْنِ «التكليفي والوضعي سنخان من الحكم وأحدهما غير منتزع مِن(٢) الآخر، ويشهد لذلك أنه لا خلاف ظاهراً في أنّ وجوب نفقة الوالدين الفقيرين على الولد إذا كان غنياً إنّما هو مجرد حكم تكليفي ولا يضمنها لو نسيها أو عصى ولم يؤدّ نفقتهما، وهذا بخلاف وجوب نفقة الزوجة فإنّه حكم تكليفي. مضافاً إلى أنه يضمنها فيما لو نسي أو عصى ولم يؤدّها إليها، فيضمن لها نفقة الأُسبوع أو الشهر أو السنة، وكيف كان فهما سنخان متغايران»(٣).

ويمكن أن يقول في دفع الوجه الرابع بأنّ الملكية القهرية موجودة والدليل على ذلك أمران:

«أحدهما: أنه إذا أتلف أحد مال الغير وكان لتالفه قيمة زهيدة أو كان متعلّقاً لحقّ، والأوّل كما إذا ذبح فرس الغير على وجه شرعي فإنّ لحمه وجلده حينئذ ممّا له قيمة وإن كانت زهيدة لا محالة. والثاني ما إذا ذبحه على وجه جعله ميتة فإنّ الميتة يمكن أن ينتفع بها في كلِّ ما لايشترط فيه الطهارة ومتعلّقة لحقّ الاختصاص، وفي أمثال ذلك لايمكن للمالك أن يأخذ تالف العين وباقيها ويطالب المتلف بباقي قيمتها لأنّ العرف يرون المال قد تلف وما بقي منه أمر آخر لا ربط له بالمالك كأجزاء السيارة المنكسرة مثلاً، وإذا أخذ قيمتها من المتلف أو مثلها فلايمكنه أخذ ما بقي من العين أبداً، لأنّ العرف يرون ذلك انتقالاً قهرياً كالصلح، فباقي العين ينتقل إلى من أدّى الضمان فيما إذا كانت له قيمة، أو كان ذلك متعلّقاً لحقّ من الحقوق.

وثانيهما: أنّ ٱلْمالَ فيما إذا كان في حكم التلف ولم يكن تالفاً حقيقة كما إذا ضاع

---

(١) راجع العقد النضيد ٦٤/٤.

(٢) في المصدر: «عن».

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ١٠٩/٢.

في بَرٍّ أو وقع في بحر أو سرقه سارق مجهول يتعذّر الوصول إليه عادةً ففي هذه الموارد هل يحكم بلحوق المال الموجود في البر أو البحر أو في يد السارق بالمباحات الأصلية بحيث يتملّكه السارق بحيازته ولا يجب عليه ردّه، وهذا ممّا لا يمكن التفوّه به، أو يحكم بأنه ملك لمالكه الأوّل مع أنه أخذ مثله أو قيمته من المتلف، فلا محالة يحكم بانتقاله إلى ملك المتلف بدفع عوضه وبدله، فالوجه في الانتقال والملكية هو المصالحة القهرية الواقعة بين مالك المال ومتلفه، وكيف كان فينتقل المال إلى الضامن الذي أدّى بدله»[1].

ويدفع **الوجه الخامس** بعدم الالتزام بهذا اللازم عند صاحب الجواهر.

وبما ذكرناه يُدْفَعُ أَرْبَعٌ من مناقشات الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر ولكن الاشكال الثالث وهو النقوض يكون بلا جواب.

نعم، يمكن أن يُناقَشَ على صاحِبُ الجواهرﷺ: بأنّ ما قام عليه إجماعُ الإماميّةِ من نفى تعدّد الضمان عرضاً يختص بباب الديون والضمان العقدي وأمّا الضمان المستند على قاعدة اليد فليس فيه إجماع من الإمامية بنفي تعدد الضمان فيه والشاهد على ذلك حكمهم بصحة ضمان الدرك كما مرّ فتعيد العويصة.

٢/ أ ـ حلّ الشيخ الأعظم للعويصة

قالﷺ: «فنقول: إنّ الوجه في رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلٌ، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل، وإلّا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارك نفس العين معيّناً؛ إذ لم يحدث له تدارك آخر بعدُ، فإنْ أدّاه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له. ولا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامة والتدارك، فلا اشتغال للذمّة قبل حصول التدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمّة الأوّل.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١١ و ١١٠.

فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنّه لايستحقّ الدفع إليه إلّا بعد الأداء.

والحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمّته إمّا بتدارك العين، وإمّا بتدارك ما تُداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمّة أشخاص على البدل بشيء واحد لشخص واحد»[١].

حصيلة ما ذكره الشيخ الأعظم‏ؒ: «الفرق بين الضامن الأوّل وغيره، من حيث أنّ الضامن الأوّل بوضع يده على مال الغير ينتقل إلى ذمّته العين بالقاء الخصوصيات الشخصية، فهو يضمن مجرد العين الملغي عنها الخصوصيات وأما الضامن الثاني إذا استولى على العين فقد استولى على العين المضمونة بكونها ذات[٢] بدل، وهذا بخلاف الضامن الأوّل فإنّه لم يتول إلّا على العين المجردة عن هذا العنوان، فلم يضمن سوى نفس العين، وأما الضامن الثاني فهو استولى على العين المعنونة بكونها ذات بدل ثابت في ذمة الضامن الأوّل، فهو يضمن الجامع بين العين والبدل ـ أي أحد الأمرين ـ نظير الواجب التخييري، وهذا هو مراده بقوله‏ؒ «فقد ضمن شيئاً له بدل» فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل.

وبالجملة: فاذا رجع المالك إلى الأوّل سقط أحد طرفي التخيير ـ أعني اشتغال ذمة اللاحق بالعين للمالك ـ إذ لا معنى لضمان اللاحق له بعد وصول ماله إليه فيتعين الطرف الآخر ـ أعني اشتغال ذمته بالبدل للسابق ـ فله الرجوع إليه، غايته بعد ما رجع إليه المالك ودفعه إليه لا قبله. وهذا هو الفرق بين الضامن الأوّل وغيره».[٣]

وبعبارة أُخرى: «أنّ الغاصب الأوّل أو من في حكم الغاصب أي بائع مال الغير مثلاً بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك إنّما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثاني

---

(١) المكاسب ٣/٥٠٨.

(٢) في المصدر: «ذا».

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٩٢.

ومَنْ في حكمه انّما هو ضامن للعين وبدلها، أمّا العين فلمالكها وأمّا البدل فللضامن الأوّل وهذا بخلاف الضامن الأوّل فإنّ في زمان كون العين تحت يده لم تتلف ليضمن العين بما لها بدلٌ بل كان ضمانه منحصراً بالعين وحدها، وأمّا الضامن الثاني حيث أنّ العين قد تلفت عنده فيكون ضمانه بها بما له البدل وهذا الضمان بالبدل ضمان لما استقر تداركه في ذمة الأوّل، فالضامن الثاني ضامن لأحد الامرين إمّا العين أو البدل على نحو البدلية بنحو الضمان العوض، والحاصل أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومَنْ سبقه في اليد فتكون ذمته مشغولة بشيئين على سبيل البدلية اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه فإنّ الضامن لشخص عن دين بأمره انّما يرجع إلى المضمون عنه مع أداء دين الدائن وإلّا فلا يستحق بذلك فإذا رجع المغصوب منه إلى الأوّل فأخذ منه تدارك العين فيرجع هو إلى الثاني فياخذ منه تدارك ما استقر في ذمته لضمان الثاني على ذلك.

وبالجملة: إنَّ ظهورَ كلامِ الشَّيْخِ‌﵀ في الغاصب الثاني انّما انه ضامن لتدارك العين للمالك وبدلها لتدارك ما في ذمة الغاصب الأوّل للأوّل وعلى هذا فيندفع اشكال عدم صحة رجوع السابق إلى اللاحق في صورة عدم الغرور إذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر في ذمته فيرجع إليه في ذلك وهذا بخلاف ما إذا رجع المالك إلى الثاني فانه لا يرجع إلى اللاحق في غير صورة الغرور لعدم اشتغال ذمته للثاني كاشتغال ذمة الثاني للأوّل.

فما لم يرجع المالك إلى الأوّل ليس له ان يرجع إلى الثاني لانّ الأوّل لم يتدارك العين للمالك حتّى يرجع إلى الثاني في البدل الذي حصل به التدارك وانّما له الرجوع إليه بعد ما رجع المالك إلى الأوّل»[1].

أقول في توضيح مقالة الشيخ الأعظم: مستند الضمان في بحث تعاقب الأيدي قاعدة «على اليد ما أخذت» وهي مشتركة بين الجميع وهم كلّ من استولى على مالِ الغير.

---

(١) مصباح الفقاهة ٤/٣٧٦ و ٣٧٧.

ولكن شمولها بالنسبة إلى السابق واللاحق مختلف والوجه في ذلك اليد الأولى [السابقة] على مال الغير لم تكن مسؤولَةً إلّا في مقابل مالك المال ولكن اليد الثانية [اللاحق] مسؤولَةً في مقابل المالك والسابق، وهكذا الحال في الأيدي اللاحقة فإنّ لكلّ يدٍ لاحقة مسئولية زائدة على اليد السابقة عليها.

فاليد السابقة تكون ضامنة للمال أمام المالك مادامت عينه موجودة وعند تلفها تكون ضامنة لبدل المبدل الذي لم يتعلّق به ضمان آخر، فإذا خرجت العين من يده وانتقلت إلى اليد الثانية فإنّها تتّصف بخصوصيّة زائدة وهي أنّها موردٌ لضمان اليد الأُولى وهكذا يحصل الاختلاف بين اليدين، حيث أنّ اليد الأُولى استقرّت على العين الغير المضمونة، أمّا اليد الثانية فإنّها استقرّت على العين المضمونة فتكون ضامناً للمالك وللسابق على نحو الواجب التخييري.

ثمّ إنّ مقتضى قاعدة الضمان أنّ على صاحب اليد السابقة إمّا ردّ العين مع خصوصياتها إلى المالك أو ردّ ما يعدّ بدلها وأمّا صاحب اليد اللاحقة ضامن لبدل العين المضمونة عند اليد السابقة ولكن اليد السابقة ضامنة لبدل العين الغير المضمونة.

ثمّ لا يخلو حال الضامنين [اللاحق والسابق] أمّا أنَّهُما متحدان في الحكم أو مختلفان، والاتحاد ممنوع إذ لايعقل شمول قاعدة على اليد للعين الغير المضمونة وللعين المضمونة بالسوية فلابدّ من اختلافهما وحينئذ لو قصد اللاحق فراغ ذمّته فلابدّ أن يقوم بدفع بدل العين لأنّ المفروض أنها تلفت في يده وهو مخيّر بين أن يدفعها إلى المالك أو السابق الدافع للبدل، فإنّ دفعها إلى المالك فقد دفع ما على ذمّته وما على ذمّة سابقه من خلال هذا الدفع فقد أدّى واجبه التخييري وليس للاحق الدافع الرجوع إلى سابقةِ، أمّا لو دفع السابقُ البدلَ بقيت ذمّة اللاحق مشغولة بواجبه التخييري من دفع البدل إلى اللاحق ولذلك يجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبدل وهذه هي العلّة في استقرار الضمان على يد مَنْ تلف المال في يده ورجوع غيرها من الأيدي إليه في فرض إقدامهنّ بردّ بدل العين إلى

المالك ولا يجوز للسابق الذي تلف المال في يده الرجوع إلى غيره.[١]

اعتراض الفقيه السيّد اليزدي على حلّ الشيخ الأعظمؒ

قال: «إذ يرد عليه: أوّلاً: أنّ السابق أيضاً يصدق عليه أنّه ضامن شيئاً له بدل، لأنّه وإن كان حين الحصول في يده لم يكن له بدل، لأنّ ضمان اللاحق لم يتحقّق في ذلك الحين، بل المفروض أنّه يحدث بعد ذلك فيتحقّق البدل للعين بعد حدوث ضمان السابق، إلّا أنَّ استقرار الضمان بالنسبة إلى الكلِّ إنَّما هو بعد التلف، فحينئذٍ يصدق أنَّ كلاًّ منهم ضامن لما له بدل؛ لأنَّ المناط ليس حال حدوث سبب الضمان، بل حال فعليته، بمعنى اشتغال الذمة فعلاً بالعوض، وهو إنَّما يكون بعد التلف، ولذا لو زاد زيادة عينية في الأيدي المتأخر يكون السابق ضامناً لتلك الزيادة أيضاً، مع أنَّه لم يحدث الضمان في يده إلّا ناقصاً، بل وكذا بالنسبة إلى زيادة القيمة بناءً على القول بأعلى القيم.

وبالجملة: حين التلف الذي هو زمان الانتقال إلى القيمة يَصْدُقُ بالنسبة إلى الكلِّ أنَّه ضامن لما له بدل، أبدال.

وثانياً: أنَّ ضمان العين التي لها بدل ـ أي عوض في ذمة آخر ـ لا يقتضي ما ذكره من ضمان واحد من البدل والمبدل، كيف؟ والبدل لم يتحقّق فيه سبب الضمان؛ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً.

ودعوى كونه من توابع العين كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجددة؛ حيث إنّها مقبوضة بتبعية قبض العين، بخلاف التدراك الثابت في ذمة السابق فانَّه ليس مقبوضاً للاحق أصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جداً.

وثالثاً: لو سلّمنا ذلك كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البدل، فانَّ البدل الذي في ذمة السابق إنَّما هو لمالك العين، فبدله وهو ما في ذمة اللاحق أيضاً يكون للمالك، وهو من له البدل، ولا وجه لكونه لمن عليه البدل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضاً واضح.

---

(١) راجع العقد النضيد ٤/٥٤ و ٥٥.

ورابعاً: أنَّ لازم ما ذكره أن يكون في مسألة ضمان الإثنين لواحد بناءً على صحته للضامن الأوّل الرجوع على الضامن الثاني إذا رفع العوض إلى المضمون له، فانَّ الثاني قد ضمن ماله بدل في ذمة الضامن الأوّل، مع أنّه ليس له ذلك، بل إنَّما يرجع إلى المضمون عنه لو ضمن باذنه، ولو كان متبرعاً فلا يرجع على أحد، وأيضاً في ضمان العهدة وضمان الأعيان المضمونة إذا قلنا بجواز الرجوع إلى كلٍّ من الضامن والمضمون عنه كما استظهره المصنّف منهم يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا فرض رجوع المالك عليه، ولا يمكن الالتزام به.

وجه اللزوم أنَّ الضامن إنَّما ضِمَنَ شيئاً له بدل في ذمة المضمون عنه، وأيضاً بناءً على مذهب العامة من كون الضمان ضمّ ذمّة، إلى أخرى يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا رجع المالك عليه؛ لأنّه يصدق على الضامن أنّه ضمن شيئاً له بدل، لكن فيما إذا كان المال المضمون ثابتاً في ذمّته من باب الغرامة، بأن يكون متلفاً أو غاصباً أو نحوهما فضمن عنه الضامن، ولا يمكن الالتزام به.

وخامساً: إذا فرضنا أنَّ العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنّه لا يجوز للسابق حينئذٍ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق، بل الأمر بالعكس؛ لأنَّ من تلف في يده هو السابق بالفرض، ولازم بيان المصنّف‏ﷺ أن يكون له الرجوع عليه؛ لأنَّه يصدق أنّه ـ أي اللاحق ـ ضمن شيئاً له بدل، بخلاف السابق.

ودعوى: أنَّه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقاً، والسابق لا حقاً؛ فَيَصْدُقُ على السابق الذي صار لاحقاً أنَّه أيضاً ضمن شيئاً له بدل.

مدفوعة: بأن الضمان إنَّما حدث باثبات يده الأُولى، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل، وبعد العود إليه لايحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عيناً وضمن، فاعطاه غيره أو أخذ منه قهراً، ثمّ ردّه ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية، بل الضمان الحادث أوّلاً باقٍ، وقرار الضمان حينئذٍ على الغاصب الأوّل إذا تلف المال في يده بعد العود إليه، ولازم بيان المصنّف‏ﷺ أن يكون القرار على الغاصب الثاني، مع أنَّه لم يتلف

في يده، فتدبّر.

وسادساً: أنَّ ما ذكره من أنّه لا يعقل ضمان البدل معيناً من دون البدل، وإلّا خرج البدل عن كونه بدلاً، فيه أنّا نقول إنَّه لا يعقل ضمان البدل من دون وجود سبب الضمان فيه حسب ما بيّنا.

وسابعاً: أنَّ لازم ما ذكره جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل دفع البدل أيضاً.

وما ذكره من أنّه نظير باب الضمان؛ حيث إنَّه لا يرجع الضامن إلى المضمون عنه إلّا بعد الدفع إذا كان الضمان باقياً بإذنه.

فيه: أنَّ مقتضى القاعدة في ذلك الباب أيضاً جواز الرجوع؛ لأنَّ ذمة المضمون عنه قد برءت بمجرد الضمان عنه باذنه، فاللازم جواز مطالبته قبل الدفع أيضاً، إلّا أنّه خرج عن القاعدة للنص الخاص، وهو في المقام غير موجود، فعدم القول به في المقام مع أنّه لازم الوجه المذكور يكشف عن عدم تمامية الوجه، فتدبّر»[1].

أقول: يمكن الجواب عن بعض اعتراضات الفقيه السيّد اليزدي‌ﷺ على الشيخ الأعظم‌ﷺ ولكن ثلاثة منها لا يمكن الجواب عنها وهي:

الاعتراض الثالث وهو: إنّ الضامن الثاني [السابق] على تقدير أنّه ضامن لأحد الأمرين على سبيل البدلية فهو إنّما يضمنه للمالك لا للغير [لِلّلاحِق] لأنّ البدل في ذمّة الضامن الأوّل [اللاحق] ملك للمالك، فبدله الثابت في ذمّة الثاني [السابق] أيضاً يكون للمالك، فلماذا يحكم بضمانه للضامن الأوّل [اللاحق] بالبدل[2]؟!

والاعتراض الخامس وهو: إذا فُرض رجوع العين إلى الضامن السابق وتلفه في يده لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق إلى اللاحق أيضاً، مع أنّ الأمر بالعكس.

إن قلت: رجوع المال إلى الضامن السابق يستلزم كون السابق لاحقاً واللاحق سابقاً، فيكون السابق ضامناً لما له بدل.

---

(١) حاشية المكاسب ٢/(٣١٣-٣١٠).

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٦، الأوّل.

قلت: اليَدُ الثانية للّاحق لاتوجب الضمان، بل الموجب للضمان هو يده الأُولى وهو باق بعد ولم يرتفع.(١)

والاعتراض السابع وهو: لازم مقالة الشيخ الأعظم جواز رجوع الضامن الأوّل [السابق] إلى اللاحق قبل دفعه البدل إلى المالك مع أنّه غير تام لأنّه ليس للسابق الرجوع إلى اللاحق إلّا بعد دفع البدل.(٢)

٢/ ب ـ مقالة المحقّق النائيني في الدفاع عن الشيخ الأعظم

ردّ المحقّق النائيني فهم الفقيه السيّد اليزدي من جواب الشيخ الأعظمﷺ وذهب إلى توجيه آخر في مراد الشيخ الأعظم حتّى لا يرد عليه هذه الاعتراضات السبعة وقال: «... إنّ ذمّة اللاحق مشغولة بما يجب خروجه عن ذمّة السابق، أي ذمّته مخرج لما يضمنه الأوّل، فما يؤدّيه الأوّل يؤخذ من الثاني، لاشتغال ذمّته للمالك بما له بدل أي عهدة في الأوّل، فإذا رجع المالك إليه فهو لايرجع إلى السابق لعدم كونه مغروراً منه بالفرض، وأمّا لو رجع المالك إلى السابق فهو يرجع إلى الثاني، لأنّه ضمن شيئاً له بدل في ذمّة السابق، والبدل يجب أن يخرج من الثاني، وهذا هو المراد من البدل في كلام المصنّف، أي: ما في ذمّة الأوّل في ذمّة الثاني، فيضمن الأوّل ما يضمنه الثاني، فقد ضمن اللاحق شيئاً له بدل أي عهدة، كما أشار إليه بقولهﷺ: «فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل»(٣).

وليس المراد من البدل أصل المال نظير المنافع حتّى يقال: إنّ الثاني وإن ضمن ما له بدل إلّا أنّ الأوّل كذلك أيضاً؛ لأنّ كلّ ما يضمن للمال في السلسلة الطوليّة من المنافع وعلوّ القيمة والبدل ثابت على السابق أيضاً، فيصدق أنّ السابق أيضاً ضامن لماله بدل، إلى آخر الإيرادات السبعة المذكورة في حاشية(٤) السيّد الطباطبائيﷺ.

---

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٩٥، ثانيها.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٤/٣٧٨، الثاني.

(٣) المكاسب ٣/٥٠٨.

(٤) حاشية المكاسب ٢/(٣١٣-٣١٠).

وبالجملة: غرض المصنّف: أنّ اللاحق ضامن للمالك وللسابق؛ لأنّ ذمّته مخرج لما يؤخذ من السابق، فهو يضمن على البدل، إمّا نفس العين بما أنّها في ذمّة السابق، وإمّا ما يؤخذ من السابق. فلا يرد عليه أنّ كلاً منهما ضامن للبدل؛ وذلك لأنّ الأوّل ليس ضامناً للثاني فَكَيْفَ يكون كلّ منهما ضامنين للبدل؟

وبالجملة: بعد ما عرفت من أنّ ورود المال من يد السابق إلى يد اللاحق يقتضي أن يكون اللاحق مشغول الذمّة بما يؤخذ من الأوّل فمقتضاه أن يكون اللاحق ضامناً للسابق دون العكس.

وحيث إنّ المحشّي﵀ حمل البدل على المثل أو القيمة ـ الّذي يكون كلّ يدٍ مشغولةً له مشروطاً بالتلف ـ أورد ثانياً بِقَوْلِهِ: «إنّ ضمان العين الّتي لها بدل ـ أي عوض ـ في ذمّة الآخر لا يقتضي ما ذكره من ضمانٍ واحدٍ من البدل والمبدل، كيف والبدل لم يتحقّق فيه سبب الضمان؟ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً. ودعوى: كونه من توابع العين كما ترى...»[1] إلى آخره.

وأنت خبير بأنّ غرض المصنّف: إثبات الضمان الطوليّ، وبيان عدم اجتماع الضمانين عرضاً، وأنّ يد اللاحق ليست كيد السابق ضامناً للمال مجرّداً عن خصوصيّة كونه في ذمّة غيره.

وتوضيح ذلك ـ مضافاً إلى امتناع اجتماع الضمانين عرضاً ولو بنحو تقييد الإطلاق والواجب الكفائيّ؛ لما عرفت أنّ التقييد إنّما يصحّ في التكليف دون الوضع، ومضافاً إلى ما قيل: وإن كان خلاف المختار أنّه لو لم يكن للمال خصوصيّة عند وضع السابق يده عليه وحدثت عند اللاحق فيضمنها اللاحق دون السابق، وهذا يقتضي الاختلاف في كيفيّة الضمان ـ أنّ مقتضى عموم «على اليد» وانحلاليّته بالنسبة إلى كلّ يدٍ كما هو شأن كلّ عامٍّ أُصوليٍّ في القضايا الحقيقيّة أن تكون يد السابق مشغولةً بالمال مجرّداً عن خصوصيّة كونه في ذمّة أحد. وأمّا يد اللاحق فلايمكن أن تكون مشغولةً

---

(١) حاشية المكاسب للسيّد الطباطبائي ٣١١/٢.

بالمال مجرّداً؛ لأنّ المفروض أنّ المال وصل إلى اللاحق بعد اشتغال ذمّة السابق به، فشمول «على اليد» بالنسبة إلى السابق كشمول دليل حجّيّة الخبر للخبر بلا واسطةٍ بالنسبة إلينا، وشموله بالنسبة إلى اللاحق كشمول دليل الحجّيّة للخبر مع الواسطة، فإنّه كما يثبت موضوع بتوسّط شمول فردٍ من الحكم لفردٍ من الموضوع ولا مانع من شمول فردٍ آخر من الحكم الانحلاليّ لهذا الموضوع المتولّد فكذا يثبت خصوصيّة للمال واعتبار عقلائيّ له بتوسّط شمول «على اليد» لليد الأُولى، فإذا عمّ فرد من الحكم اليد الثانية مع الخصوصيّة الّتي نشأت من قبل شمول «على اليد» لليد الأُولى فمقتضاه: أن لا تكون اليد اللاحقة ضامنةً للمال مجرّداً عن الخصوصيّة كضمان اليد السابقة، بل هي تضمن العين للمالك بخصوصيّة كونها في ذمّة الأُولى. وهذه الخصوصيّة اعتبار عقلائيّ لا يمكن أن تجرّد اليد اللاحقة عنها إلّا بدليلٍ خارجيّ، وإلّا فمقتضى عموم «على اليد ما أخذت» وانحلاليّة القضيّة ثبوت هذه الخصوصيّة في ذمّة الثاني، وهذا عين الضمان الطوليّ»[1].

حاصل كلام المحقّق النائيني: «إنّ هذه الاعتراضات السبعة مبتنية على ما فهمه من ظاهر كلام الشيخ [الأعظم]ﷺ من أنّ المراد بالبدل هو بدل العين الثابت في ذمّة الضامن، إلّا أنّ الأمر ليس كذلك، بل المراد من البدل في كلماتهﷺ إنّما هو بدل ما يضمنه الضامن الأوّل، وتوضيحه: أنهﷺ لمّا رأى أنّ المال لايضمن بضمانين عرضيّين فلايمكن أن يقال إنّ السابق واللاحق كلاهما ضامنان للمال في عرض واحد، فجعل الضمان طولياً في المقام بأن يكون السابق ضامناً للمالك واللاحق ضامناً للضامن السابق نظير الضمانات الاختيارية كما إذا أمر مديون أحداً بالضمان ليضمن له عند الدائن فضمنه ذلك الشخص فقد سقط الضمان عن المديون وانتقل إلى الضامن، إلّا أنّ المديون يضمن للضامن ما دفعه إلى الدائن، فإن دفعه إليه فيضمنه بمقداره وإلّا فإن لم يدفع إليه شيئاً فلا وجه لضمان المديون له بشيء، وفي المقام أيضاً إن دفع السابق ما ضمنه للمالك فيضمن اللاحق له ما دفعه إلى المالك، وإن لم يؤدّ إليه شيئاً فلا وجه لضمانه كما هو واضح فالمراد

---

(١) منية الطالب ٢/(١٨٩-١٨٧).

بالبدل في كلامه‍ بدل ما يضمنه السابق للمالك ولعلّه ظاهر، هذا»[١].

مناقشة السيّد الخوئي لِتَوْجِيْهِ النائيني

وناقش السيّد الخوئي كلام استاذه‍ وقال: «إنّ ما أفاده ـ وان كان ممكناً ثبوتاً ومعقولاً ـ إلّا انه لا دليل عليه إثباتاً، فإنّ دليل الضمان في تعاقب الأيادي منحصر في اليد، ونسبته إلى السابق واللاحق واحدة، ولا وجه لكون السابق ضامناً للاحق واللاحق ضامناً لما ضمنه السابق، بل مقتضى القاعدة ضمان كلّ منهما للمالك، وإنّما التزمنا به في الضمان العقدي للدليل وهو مفقود في المقام.

هذا مضافاً إلى أنّ لازم ذلك أن لا يجوز للمالك الرجوع إلى الضامن اللاحق، لأنه ليس ضامناً للمالك وإنّما هو ضامن للضامن السابق على الفرض، كما في الضمان العقدي في باب الدين والذمّم، وهذا مما لا يمكن الإلتزام به في المقام، فالظاهر أنّ مراد المصنف هو الذي فهمه السيّد [اليزدي] وأورد عليه قوله‍»[٢].

٢/ ج ـ توجيه كلام الاشيخ الأعظم‍ في بيان السيّد الخميني

قال: «يمكن إرجاع كلام الشيخ الاعظم‍ إلى دعوى إطلاق دليل اليد بالنسبة إلى الضامن، فأراد تصحيح ضمان الأيادي المتعاقبة ـ بنحو ما هو المعروف ـ بواسطة الإطلاق في دليل اليد بنحو ما ذكرناه.

فقوله: «السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق»[٣]، ليس المراد منه الاشـتغال بالبدل حال وجود العين، بل المرد الاشتغال بالأمر التعليقيّ، أي ضمان المبدل إذا تلف، ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل، فعبّر عن الضمان بـ«الاشتغال بالبدل».

وقوله: «فإذا حصل المال في يد اللاحق، فقد ضمن شيئاً له بدل»[٤]، يراد منه أنّه ضمن شيئاً مضموناً.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ١٠٧.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/ ٤٩٤.

(٣) المكاسب ٣/ ٥٠٨.

(٤) نفس المصدر.

وقوله: «فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل»[١].

يراد به أنّه إذا حصل المال في يد الثاني، ضمن المبدل للمالك بالمعنى التعليقيّ؛ أي عليه دركه إذا تلف بمقتضى دليل اليد، وضمن البدل؛ أي ضمان اليد الأولى للضامن بمعنى تعليقيّ أيضاً، أي إذا تدارك فعليه ضمان التدارك، وذلك أيضاً بدليل اليد وإطلاقه.

وبعبارة أُخرى: إذا وضع الثاني يده على العين، حصلت قضيّتان تعليقيّتان:

الأُولى: «إذا تلفت فعليك جبرها للمالك؛ لوقوع يدك على ماله».

والثانية: «إذا تدارك الضامن الأوّل، فعليك ضمان التدارك؛ لوقوع العين التي ضمنها في يدك من يده، أو بعد وقوعها في يده».

وإذا تلفت العين خرجت القضيّة الأُولى من التعليقيّة إلى التنجيزيّة، وتبقى الثانية على تعليقيّتها إلى أن يؤدّي الدرك.

وقوله بعد ذلك: «والحاصل أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد... إلى قوله: وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل»[٢]، يؤكّد ما ذكرناه؛ من أنّ الاستناد إلى دليل اليد في الضمان للمالك، وهو واضح، وفي الضمان للضامن بتلقّيه المال منه.

فلو فرض إطلاق لدليل اليد يشمل الأمرين، ويكون حاصله: «على اليد ما أخذت من المالك بوسط أو بلا وسط، وعليها ما أخذت من الضامن بوسط وبلاوسط» فيكون المالك والضامن كلاهما مضموناً لهما، لكان لازمه العرفيّ هو ما ذكره القوم في ضمان الأيادي المتعاقبة.

وعليه لا يرد إشكال على الشيخ۝، لا ما أورده المحقّق الخراساني[٣]۝، ولا ما

---

(١) نفس المصدر.

(٢) المكاسب ٣/٥٠٩.

(٣) حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني /٨٤.

أورده السيّد الطباطبائي[١]ﷺ، ولا غيرهما.[٢]

نعم، يرد عليه إشكال واحد، وهو عدم الإطلاق لدليل اليد.

ودعوى الإطلاق أمر يمكن صدوره من الشيخ الأعظمﷺ، دون ما احتمله المحقّقون ممّا يرد عليه ما أوردوه، بل وزائد عليه ممّا لا داعي لذكره.

وعلى ما احتملناه، تكون الغاية في دليل اليد غاية لأمرين:

أحدهما: الضمان بالنسبة إلى المالك، فأداء المأخوذ إليه غاية لرفعه، وبه يرتفع موضوع الضمانات الآخر.

وثانيهما: ضمان الضامن، غايته رجوعه إلى الغاصب السابق، فبإرجاع المال إليه يرتفع ضمانه لدركه وإن فعل حراماً، وليس دليل اليد متعرّضاً للزوم أداء المال إلى صاحبه، بل مفاده بيان الضمان وغايته.

والإنصاف: أنّ ما ذكرناه في توجيه كلامه وإن كان مخالفاً في الجملة لظاهره، لكنّه أولى ممّا ذكروه ممّا لا ينبغي صدوره من مثله، فتدبّر جيّداً»[٣].

نقد توجيه السيّد الخمينيﷺ

يناقش على هذا التوجيه والتفسير بوجوه:

الأوّل: هذا التوجيه مخالف لظاهر كلام الشيخ الأعظم كما أعترف صاحبه وقال في آخر كلامه: «إنّ ما ذكرناه في توجيه كلامه وإن كان مخالفاً في الجملة لظاهره»[٤].

الثاني: دليل على اليد ليس له إطلاقٌ حتّى يتمسّك به في المقام ويبني عليه ما بناه صاحب هذا التوجيه كما قاله نفسه: «نعم، يرد عليه إشكال واحد وهو عدم الإطلاق لدليل اليد»[٥].

---

(١) حاشية المكاسب ،السيّد اليزدي ٢/(٣١٣-٣١٠).

(٢) حاشية المكاسب، المحقّق الإيرواني ٢/٣٤٨.

(٣) كتاب البيع ٢/(٤٩٠-٤٨٨).

(٤) كتاب البيع ٢/٤٩٠.

(٥) كتاب البيع ٢/٤٩٠.

الثالث: لم يرتفع ضمان الغاصب الثاني [اللاحق] إذا أدّى الخسارة والبدل إلى الغاصب الأوّل [السابق] عند الباحثين في تعاقب الأيدي ولكن السيّد الخميني﴿ يقول: «فبإرجاع المال إليه يرتفع ضمانه لدركه وإن فعل حراماً»(١).

الرابع: دليل على اليد غايته إرجاع المال أو بدله إلى مالكه والغاية محذوف لوضوحها فما ذكره من أنّ «ليس دليل اليد متعرّضاً للزوم أداء المال إلى صاحبه بل مفاده بيان الضمان وغايته» غير تام.

٣ـ محاولة للشيخ الرشتي لحلّ العويصة

طرح المحقّق الشيخ الميرزا حبيب‌الله الرشتي﴿ حلّاً للعويصة وهو: «معنى قوله﴿: «على اليد» على ما يقتضيه كلمة «على» مع ملاحظة وقوعها حيّز العين لا الفعل فإنّه يفيد حكماً تكليفياً متعلّقاً به، كما في قول الآخر «عليك فعل كذا» هو العهدة بما دخل تحت اليد ومعنى العهد به الالتزام به بإيصال عينه إلى صاحبه أو إيصال بدله إلى كيس من خرج عن كيسه تلك العين.

وحاصله: أن تكون خسارة تلك العين عليه، بحيث لو حدث فيه عيب أو نقص أو تلف أو نحو ذلك ممّا يوجب الخسارة، كان عليه جبران ذلك... فلننبّه على أُمورٍ:

الأوّل: أنّ المال الواحد يستحيل أن يكون له غرامتان من باب قاعدة الضمان، لأنّ بدل الشيء ما يساويه من جميع الجهات، التي منها التعدّد والاتّحاد، وإلّا لخرج عن كونه بدلاً، من غير فرق بين أن يكون الغارم شخصاً واحداً أو متعدّداً، فكما لا يعقل أن يغرم شخص واحد بمال واحد غرامتين، فكذلك لا يعقل أن يغرم شخصان كلّ منهما بغرامة مستقلّة. نعم لا استحالة في تعلّق غرامة واحدة على ذمم متعدّدة، على وجهٍ لا يرجع إلى التزام كلّ منهما ببدل مستقلّ غير ما التزم به الآخر...

والحاصل: أنّ المراد بضمان الجميع عند تعاقب الأيادي، أنّ خسارة المال المأخوذ التي لا يتصوّر فيها التعدّد، على قياس عدم تصوّره في نفس ذلك المال تتعلّق

---

(١) كتاب البيع ٢/٤٩٠.

على رقابهم جميعاً، لا أنّ كلّ واحد عليه خسارة أُخرى غير خسارة الآخر، فهم بأجمعهم ضامنون للبدل، لا أنّ كلّ واحدٍ ضامن لبدل... فوحدة المضمون يقتضي رفع الضمان بمجرّد تحقّق أداء البدل في الخارج، وإن كان الضامن متعدّداً.

الثاني: أنّ مرجع الضمان إلى انتقال الخسارة المشار إليها من المضمون له إلى الضامن... فمعنى انتقال الخسارة من المالك إلى الضامن، أنّه لولاه لفاتت الخسارة من كيسه... فإذا فرضنا أنّ خسارة تلفه على الضامن، وأنّه يجب عليه دفع البدل إلى المالك، فلا ريب في ملك المالك للبدل ملكاً متزلزلاً مراعىً بالتلف والرجوع.

الثالث: أنّ الضمانة كما يمكن أن تكون للمالك، كذلك يمكن أن تكون لغيره ممّن في عهدته خسارة المضمون، فلو كان المضمون له غير المالك، بأن يترتّب ضمانٌ على ضمان كما فيما نحن فيه مِنْ مسألة تعاقب الأيادي، انتقل الضمان من الأوّل إلى الثاني أيضاً، من غير براءة ذمّة الأوّل عن الضمان، ومعنى الانتقال حينئذٍ أنّ الضامن الأوّل لو خسر للمالك رجع إلى الثاني من غير أن يكون الضمانة الثانية لخصوص الضامن الأوّل، بل له وللمالك كليهما، فللمالك سلطنة مطالبة الغرامة عن الثاني أيضاً كالأوّل... والدليل على ذلك عموم قولهﷺ: «على اليد» فاليد الثانية عليها أيضاً ما أخذت، يعني عليها خسارة ما أخذت وغرامته وحيث كانت الخسارة قبل تحقق الضمانة الثانية على الضامن الأوّل، فيكون هو أيضاً مضموناً له كالمالك...»[1].

يمكن أنْ يُناقَش حَلُّ الشَّيْخ الرشتي

بأُمورٍ: **الأوّل**: كيف جمعﷺ بين الملكية المتزلزلة وبين الملكية ٱلْمُراعاة، ـ أي الشأنية ـ لأنّهما يُعَدّان مُتَنافِيَيْنِ لأنّ الملكية إذا وجدت ولو متزلزلة كيف يمكن فرض تعليق وجودها واعتبارها مُراعاةً بالتلف أو الرجوع؟! وإذا كانت الملكية مُراعاةً بالتلف والرجوع أو كانت شأنية فكيف يمكن فرض وجودها وتزلزلها؟!![2]

(١) كتاب الغصب /(١٢٤-١٢٠) للمحقّق الرشتي.

(٢) العقد النضيد ٤/ ٦٩.

الثاني: ثمّ فرض الملكية المتزلزلة للعين المغصوبة للغاصب أو الضامن يعد من أنياب الأغوال. نعم، على فرض وجودها لايبعد حكم العرف بالمعاوضة القهرية.

وأمّا فرض الملكية اَلْمُراعاة أو الشأنية بحيث إذا تلفت العين تصير ملكاً لضامنه ويصير بدله ملكاً لصاحب العين وإن كان في بقعة الإمكان ولكن لاتفيد المعاوضة القهرية التي كانﷺ بصدد توضيحها.[1]

الثالث: ما ذكرهﷺ من انتقال الضمان من ذمّة الضامن الأوّل إلى ذمّة الضامن الثاني صحيح ثبوتاً وإثباتاً بمعنى أنّه ممكن وواقع لكنّه في باب الضمان العقدي كما مرّ ولكن بخلاف ما نحن فيه لأنّه لا دليل على ضمان ذمّة الضامن الثاني أمام المالك وأمام الضامن الأوّل معاً، فلا مجال للحكم باشتغال ذمّة الضامن الثاني وضمانه أمام الضامن الأوّل بحيث يحقّ الضامن الأوّل الرجوع إلى الضامن الثاني والمطالبة منه وبحيث لو أدى الضامن الثاني إلى الضامن الأوّل فقد برئت ذمّته.[2]

٤ـ جواب المحقّق الخراساني عن العويصة

قالﷺ: «والتحقيق أن يقال: إنّ قضية «على اليد» ليس إلّا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي العادية في عهدة كلّ واحدة منها عيناً ـ كما إذا كانت وحدها ـ وهي ليست إلّا اعتبار خاص عقلائي له منشاء مخصوص وله آثار خاصة، من وجوب ردّ العين عيناً لو كانت اليد واحدة، وكفائياً لو كانت متعددة، ووجوب التدارك بالبدل مع تعذّر ردّها أو تلفها من دون اشتغال الذّمة به أصلاً، لا حال التّمكن من الرّد، كما هو واضح، ولا حال التّعذر، أو التّلف، وذلك لبقاء ضمان العين وعهدتها، لعدم مجيئ الغاية، وهي التأدية، ولذا يجب في صورة التّعذر، لو تدارك ردّ العين نفسها إذا تمكّن منه، وكذا مع التّلف لو اتّفق على خلاف العادة تمكنّه من ردّها، ومعه لا وجه ولا سبب لإشتغال الذّمة ببدلها، كما لا يخفى، كي يلزم اشتغال ذمّة المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد،

---

(١) كتاب البيع ٢/٤٨٥.

(٢) العقد النضيد ٤/٧٢.

ولا يكاد يكون بدل الواحد، إلّا الواحد، وامّا كون الواحد في عهدة المتعدّد، بحيث يجب على كلٍّ واحد كفائيّاً، ردّه إلى مالكه، وتخيير المالك في الرجوع إلى الكلّ، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضية «على اليد».

وأمّا حديث جواز رجوع اليد السّابقة إلى اللاّحقة، لو رجع إليها المالك، المستلزم لكون قرار ضمان التّالف على مَنْ تلف عنده، مع المساواة فيما هو سبب الضمان، فهو أيضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، في ضمان الآخر، لواحد آخر، وأحكامه عند العرف، ويؤيّده الاعتبار، ولم يُرْدَعْ عنه في الأخبار؛ فلابد من الالتزام به شرعاً، كما هو الحال في جلّ أحكام الضمان، حيث أنّه لا وجه له إلّا التّبوت عرفاً، وعدم الرّدع عنه شرعاً، وكَشَفَ ذلك عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضّمان، فتدبر جيّداً»[1].

واستشكل على حلّ الشيخ الأعظمﷺ بقوله: «فيه ما عرفت، إنّ اشتغال الذّمة لو كان، لكان بعد تلف العين، واللاّحق إنّما ضمنها قبل تلفها، فلم يحصل له إلّا سبب ضمان نَفْسِ ٱلْعَيْنِ عيناً، ولم يحدث بعد سبب ضمان آخر لها ولبدلها على البدل، وثبوته [الضمان] على السّابق معلّقاً على تلفها، حين ضمان اللاحق لها، لا يوجب ضمانه [اللاحق] مطلقا له [السابق] ولمبدله على البدل، لعدم ثبوته على السّابق في زمانه، هذا مع أنّ اشتغال ذمّة السّابق بالبدل فعلاً، لايقتضي أن يكون مجرّد حدوث سبب ضمان العين اللاحق عيناً، موجباً لضمان واحد من العين والبدل على البدل، ولا محذور أصلاً في خروجه، لولاه عن البدليّة، بحسب حكم ضمان العين على اللاحق، بل لا محيص عنه، لاختصاص السبّب بضمانها، وانّما المحذور، خروجه عنها مطلقاً، ولو بحسب ما على السّابق، وهو غير لازم، كما لا يخفى.

نعم لو كان هناك دليل عليها، كذلكالحكم بالضمان على البدل، إلّا انّه لا للزوم الخلف لولاه، كما ذكره، بل للدليل، فافهم. وقد عرفت انّ الوجه في ذلك، ضمان ما كان في ضمان الآخر وعهدته، وقضيّته مثل هذا الضّمان، بحسب الاعتبار، وعند اهل العرف، هو

---

(١) حاشية المكاسب /٨٢و ٨٣.

رجوع السّابق إلى اللاحق، لو رجع إليه المالك»[١].

الاعتراض على جواب المحقّق الخراساني

نعم، الاطلاقات الشرعية الواردة في باب المعاملات محمولة على ٱلسِّيَرِ العُرْفِيَّةِ العقلائية عند فقد ما يردع عنها، فكبرى جوابه لا إشكال عليها، وإنّما الاعتراض في الصغرى التي ٱدَّعاها من جريان سيرة العرفية والعقلائية على قرار الضمان على مَنْ تلفت العين عنده وأنّ كل سابق يرجع إلى لاحقه إلى استقرار الضمان على من تلفت العين عنده وهذه الدعوى أوّل الكلام ولم تَثْبُتْ عندنا هذه السيرة العرفية وإن شككت فالعُرْفُ ببابك![٢] والله العالم.

ولذا قال السيّد الخمينيّ: «إنّ أصل الضمان اليد بما ذكره الفقهاء ليس عرفيّاً عقلائياً، فضلاً عن أحكام تعاقب الأيادي»[٣].

٥ـ محاولة الفقيه السيّد اليزدي لحلِّ العويصة

قال: «يمكن توجيه رجوع السابقين إلى اللاحقين بوجه آخر أحسن من توجيهي المصنّف [الشيخ الأعظم] و [صاحب] الجواهر، وهو أن يقال: إنَّ الوجه في أنَّه إذا أدّى العوض إلى المالك فقد ملك العين التالفة بالمعاوضة القهرية، فيقوم مقام المالك في جواز الرجوع إلى الأيدي المتأخرة إلى أن يستقر الضمان على من تلف في يده.

والفرق بين هذا وما ذكره صاحب الجواهر في موضعين:

أحدهما: أنَّه يقول إنَّ العوض ليس إلّا في ذمّة من تلف في يده، وخطاب غيره بالأداء تكليفي لا ذمي، وهذا التوجيه ليس مبنياً على ذلك، بل يتم مع الإلتزام بشغل ذمة الجميع أيضاً.

والثاني: أنَّه يقول بالمعاوضة القهرية بين البدل المدفوع من أحد السابقين وبين ما في ذمة الأخير، وهو مَنْ تلف في يده، وعلى هذا التوجيه المعاوضة القهرية إنَّما هي بين

---

(١) حاشية المكاسب /٨٤.

(٢) راجع العقد النضيد ٦٦/٤.

(٣) الكتاب البيع ٥٠١/٢.

البدل والعين التالفة، بمعنى أنَّها تعتبر ملكاً لدافع البدل، فيكون هو بمنزلة المالك لتلك العين، فله مطالبة عوضها ممن أثبت يده عليها أو أتلفها.

وتوضيح هذا المطلب ببيان مقدمات:

الأولى: لا إشكال في أنَّ المالك إذا صالح[1] العين التالفة التي اعتبر وجودها في ذمّة ذوي الأيدي مع غيرهم، أو مع أحدهم يقوم ذلك المصالح معه مقامه في جواز مطالبة مَنْ شاء منهم، وكذا إذا حسب على أحدهم خمساً أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلك فإنَّه حينئذٍ يقوم مقام المالك في المطالبة.

الثانية: أنَّ مقتضى القاعدة دخول ٱلْمُعَوَّض في ملك من خرج عنه العوض.

الثالثة: أنَّ في باب الغرامات العوض المدفوع يكون عوضاً لنفس العين التالفة، ولازمه اعتبار كون العين ملكاً للدافع؛ إذ لا فَرْقَ بين المعاوضة بعنوانها وبين إعطاء العوض، فانَّ ما ذكرنا إنَّما كان مقتضى العوضية، فلو كان للعين التالفة اعتبار عقلائي يكون للدافع، ولذا قلنا في بدل الحيلولة إنَّ مقتضى أخذ البدل إذا كان بدلاً عن نفس العين ـ لا عن الحيلولة كما هو الظاهر ـ دخول العين في ملك الضامن، غايته أنَّ ملكه متزلزل، وأيضاً إذا غرقتْ العين في البحر فأعطىٰ عوضها تَكُوْنُ العين للدافع، فإذا ترتب على وجودها تحت الماء أثر كان له، وإذا كان كذلك ففي المقام إذا دفع أحد السابقين بدل العين التالفة، وصارت كأنَّها مال تالف له يكون مثل المالك في جواز الرجوع إلى من بعده.

ودعوى: أنَّه لا معنى لِاعتبار العين التالفة بعد تلفها ملكاً لأحد.

مدفوعة: بما هو المسلّم بينهم في باب الخيار مِن جواز فسخ المعاملة بعد تلف العين، فيرجع إلى المثل أو القيمة، مع أنَّ الفسخ إنَّما يؤثر من حينه، فليس إلّا اعتبار كون العين التالفة ملكاً لمالكه الأوّل، فيرجع إلى بدلها، فلا مانع من هذا الاعتبار إذا ترتب عليه أثر كما في الضمان أيضاً.

نعم، يبقى شيء: وهو أنَّ لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضاً؛ لأنَّ

---

(١) هكذا في الأصل.

المفروض أنّه قام مقام المالك.

ويمكن أن يقال: إنّ الوجه في عدم جواز رجوعه إليهم لأنّه السبب في ضَمانِهِمْ، بمعنى استقرار العوض في ذمتهم، فمن هذه الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالك، هذا.

والتحقيق: ما أشرنا إليه سابقاً من أنّه لا فرق بين الإتلاف والتلف وإثبات اليد في صدق سببية الضمان، وأنّ الوجه في جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنّه السبب في ضمانه، بمعنى استقرار العوض في ذمته، كيف؟ وإلّا أمكنه أن يدفع نفس العين إلى المالك ليخرج من تبعة الضمان، فكما اعترف القائل بأنّ الرجوع على المتلف موافق للقاعدة من جهة تسبيبه للضمان، فكذا نقول بالنسبة إلى من أثبت اليد وإن لم يكن متلفاً، ولا فرق في ضمان السبب بين كونه عالماً أو جاهلاً، فحال اللاحقين بالنسبة إلى السابقين كحال الغارّ بالنسبة إلى المغرور، حيث قلنا إنّ الوجه في رجوعه على غاره كونه سبباً في استقرار العوض في ذمته، فانّ اللاحق أيضاً كذلك سبب لاستقرار العوض في ذمة السابقين من جهة حيلولته بينهم وبين العين التي كان لهم أن يردوها إلى المالك؛ لئلّا يستقر العوض في ذمّتهم، ولا حاجة إلى الالتزام بالمعاوضة القهرية ولا غيرها، هكذا ينبغي تحقيق الحال، والمستعان بالله المتعال»[1].

ردودٌ على محاولة الفقيه السيّد اليزدي

يمكن أن يردّ على مقدمته الاولى: أوّلاً: إنّ اعتبار المعدوم ملكاً يحتاج إلى دليل محكم في ٱلشَّرْعِ وهو في المقام مفقود بل هو أمر خارج عن بناء العقلاء ولا دليل على اعتباره، بل الدليل على خلافه.

وثانياً: على فرض ثبوت الخيار بعد التلف عُرْفاً أو شَرْعاً، لا يلزم من هذا الفرض اعتبار المعدوم ملكاً، لأنّ الفسخ ليس عقداً جديداً بل حلّ له ولازمه رجوع العين إلى مالكها ومع تلفها يجوز له الرجوع إلى مثلها أو قيمتها من غير اعتبار العدم ملكاً لطرف العقد ثمّ للمالك.

(١) حاشية المكاسب ٢/(٣١٧-٣١٥).

وثالثاً: «جواز مصالحة المالك على العين التالفة موقوف على مالكيته لها، واعتبار ملكية المعدوم بما هو معدوم محالٌ، لأنّ المعدوم ـ كذلك ـ لا يدرك ولا يشار إليه، فلابدّ من اعتباره موجوداً واعتبار وجودهِ الذهني لايفيد بل لابدّ من اعتبار الوجود الخارجي... ولازم ذلك التعبد بوجود العين في الخارج مملوكة لمالكها، إن كان الشارع هو الملاحِظ [أو المتعبِّد].. وهذا التعبد الشرعي تعبّد بسقوط الضمان إن كان بنحو الإطلاق فإنّه تعبد حينئذ بعدم تلف العين.

وإن كان التعبد من حيث أثر خاص [وهو الضمان].. لا يعقل... [لـ]أنّ [ه] مترتب على تلفها [لا التعبد بوجودها]...»(١).

ويمكن أن يرد على مقدمته الثانية: بأنّ مقتضى قاعدة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض مسلَّم في باب المعاملات، دون باب الغرامات والشاهد عليه باب الديات وملكية ٱلْعُضْوِ المُبان لمن قُطع منه.

ويمكن أن يرد على مقدمته الثالثة: من «أنّ باب الغرامات والضمانات عند العقلاء غير باب المعاوضات، فمن أتلف مال الغير ألزمه العرف بالغرامة من غير اعتبار التالف ملكاً له. ولو عبّر إحياناً بـ«البدل» و«العوض» ليس معناه المعاوضة وقعت بحكم العرف ـ قهراً على الطرفين ـ بين المعدوم والموجود. بل باب الغرامات باب جبر الخسارة ولا يخطر ببال أحد من العرف المعاوضة والمبادلة. كما لايخطر ببالهم أنّ الخسارة جبر عوض موجب لكون التالف المعدوم ملكاً للغارم، أو أنّ المعدوم حال عدمه ملك لصاحبه... هذا حال العرف. وأمّا الضمان في الشرع فليس أمراً مغايراً لما في العرف والدليل عليه أنّ الأدلة الواردة في باب الضمانات لم تتعرّض لكيفية الضمان، بل أوكلها الشارع الأقدس إلى العرف، وإنّما حكم بالضمان في الموارد الكثيرة من غير استشمام اعتبار المعاوضة بين التالف والغرامة»(٢). هذا أوّلاً.

---

(١) كتاب البيع ٢/٤٩٧ و ٤٩٦ للسيّد الخميني ﷺ.

(٢) كتاب البيع ٢/٤٨٣.

وثانياً: «إنّ ما ذكره مخالف لمبناه في ضمان اليد، من أنّ نفس العين تقع على العهدة وهي باقية إلى زمان الأداء وحصول الغاية[١]، فإنّ لازمه أن يكون أداء المثل أو القيمة نحو أداء للعين حتّى يسقط الضمان بحصول غايته.

فعلى هذا: لا يكون أداء المثل أو القيمة عوضاً من التالف، بل أداء للعين وبه تحصل غاية ا لضمان.

والعوضية إنّما تناسب مذهب المشهور في باب ضمان اليد كما تناسب ضمان الإتلاف... ولازم مذهبه عدم العوضية فحينئذ مع تسليم جميع المقدمات لا تنتج مارامه»[٢].

وبما ذكرنا يظهر الرد على ما جعله التحقيق في المقام: لأنّ «مذهبه في باب ضمان اليد أنّ نفس العين على العهدة ولا تتبدّل إلى المثل أو القيمة بالتلف والإتلاف فهي باقية عليها إلى زمان الأداء ولو بمثلها أو قيمتها، فإنّهما أيضاً نحو أداء عند تعذّر العين، فلا وجه حينئذ لما ذكره من سببيّة اللاحق لاستقرار الضمان أو العوض على العهدة كما هو واضح... فعليه لا يصحّ رجوع السابق إلى اللاحق متلفاً، فإن الإتلاف ـ كالتلف ـ غير دخيل في الضمان واستقراره» هذا أوّلاً.

وثانياً: «مقايسة المقام بباب الغرور فغير مرضية لأنّ قاعدة الغرور قاعدة برأسها... ولها دليل برأسه غير مربوط بباب التسبيب... والغارّ كثيراً ما لا يكون سبباً للضمان، كما إذا أتلف المغرور المال، فإنّه متلف وعلى المتلف الضمان وإن كان له الرجوع إلى الغار»[٣].

أقول: هذه الرودود كلّها للسيّد الخميني ولنا في بعضها نظر ظهر ممّا مرّ أو يظهر ممّا يأتى فليست كلها مقبولة عندي.

---

(١) حاشية المكاسب ٩٦/١، السطر ٢٧، و ٩٩، السطر ٢٥ من طبع الحجري (٤٦٩/١ و ٤٨٢ من الطبعة الحديثة عام ١٤٢٣).

(٢) كتاب البيع ٤٩٨/٢.

(٣) كتاب البيع ٥٠٠/٢.

٦ـ حلّ السيّد الخوئي للعويصة

قال: «نبني على أنّ الخطاب بالإضافة إلى كلٍّ مِنْ السابق واللاحق وضعي، وكلٌ منهما أو منهم ضامن لبدل المال غايته على نحو الواجب الكفائي، بأن يكون البدل ثابتاً على ذمّة كلّ من الضامنين على البدل لا عيناً فإنّه مستحيل، لأن المبدل الواحد لا يعقل أن يكون له أبدال عديدة بعنوان البدلية، وكما يمكن أن يكون الطلب واحداً والمتعلق متعدداً كذلك يمكن أن يكون الضمان واحداً والضامن متعدداً، وإذا ثبت ذلك فنكتفي بالمقدمة الثانية ونقول: إذا أدى أحدهم البدل إلى المالك يملك التالف بقاءً بالمعاوضة القهرية، كما عليه السيرة العقلائية ويشهد لها أمران:

أحدهما: ما إذا فرضنا ان أحداً أتلف مال الغير حقيقة ـ كما إذا غصب فرس الغير فقتله أو ذبحه ـ فأدى إلى مالكه المثل أو القيمة ليس للمالك أنْ يطالبه بميتة ذلك الفرس، بل يكون متعلّق حقّ الدافع وليس للمالك مزاحمته في ذلك.

ثانيهما: ما إذا فرضنا أن أحداً غصب مال غيره وغصبه منه شخص ثاني وألقاه في البحر مثلاً بحيث صار بحكم التالف ثمّ رجع المالك إلى الغاصب الأوّل فأخذ منه البدل يكون ما في البحر ملكاً له لا للمالك ويجوز له تصرفه فيه، فإذا فرضنا أنّ الغاصب الثاني أخرجه من البحر لابد من ارجاعه إلى الغاصب الأوّل الذي دفع البدل إلى المالك لا إلى المالك الأوّل، فالسيرة قائمة على تحقّق المعاوضة في أمثال ذلك، والمقام من هذا القبيل، فإذا ثبت ذلك يتم المقصود من رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس.

والحاصل أنّه لا إشكال في ضمان كلّ من ذوي الأيادي في تعاقبها للمالك غايته على البدل بنحو الوجوب الكفائي، فإذا رجع المالك إلى أحدهم فأخذ منه البدل صار بأدائه مالكاً للمبدل بقاءً، ولا مانع من اعتبار ملكية التالف فيما إذا لم يكن لغواً وترتب عليه الأثر، ويدلّ على هذه المعاوضة أمران:

أحدهما: انه إذا تلف مالُ الغير عند شخص أو أتلفه فأدى مثله أو قيمته إلى المالك لا تكون اجزاؤه الباقية ملكاً للمالك، سواء كانت تسوى بقيمة زهيدة أو لم تكن لها قيمة أصلاً، بل يكون بنظر العقلاء ملكاً لمن أدى العوض وليس للمالك مزاحمته فيها.

ثانيهما: انه إذا تلف المال عرفاً لا حقيقة ـ كما إذا كان فصاً فألقي في البحر ـ فرجع المالك إلى من ألقاه وأخذ بدله منه كان المال ملكاً لمن أدى البدل، ولذا لو فرضنا أن أحداً فتح باب قفص الطير فطار فأدى قيمته إلى المالك ثمّ قتله شخص آخر في الهواء ببندقة ونحوها كان ضامناً لمن أدى بدله لا للمالك، والسيرة العقلائية قائمة على ذلك ولم يردع عنها، فيعرف من ذلك أنّ من أدى البدل في موارد الضمان يكون هو المالك للمبدل.

وببيان أوضح: انه لا إشكال في أن وجود كلّ من الفعلين في الواجب التخييري مباين لوجود الفعل الآخر، وإن كان الطلب متعلقاً بالجامع بينهما، فالامتثال انّما يحصل بخصوص الفعل المأتي به لا بالجامع، كما أنّ الثواب أيضاً يترتب على الفعل الخاص لا على الجامع، وكذا في الواجب الكفائي، فإنّ التكليف وإن كان متعلقاً بطبيعي المكلف إلّا أنّ وجود كلّ مكلف مباين مع وجود الآخر، فإذا امتثل التكليف أحدهم يكون هو المثاب بخصوصه دون الطبيعي وان كان هناك أثر آخر يترتب عليه دون غيره، كما إذا فرضنا ورد في الدليل ان من صلّى على الجنازة تقبل شهادته، فقبول الشهادة يترتب على من صلّى دون غيره من المكلّفين، وهذا جار في باب الضمان أيضاً فانه وان كان متعلقاً بالجامع إلّا ان الأثر المرتب على الضمان ـ وهو ملكية المبدل عند دفع البدل ـ يترتب على خصوص من خرج عن الضمان بأداء البدل دون غيره، فاذا أدى أحدهم البدل إلى المالك هو يكون مالكاً للمبدل بقاءً دون طبيعي الضامن ويكون نازلاً منزلته، فله الرجوع إلى من تلف المال في يده ومن كان بينه وبينه ممن وقعت أيديهم على التالف.

ثمّ بعد ثبوت ذلك وكون من أدى البدل مالكاً للمبدل بقاءً فهو بمنزلة المالك، فلماذا لا يجوز له الرجوع إلّا إلى اللاحق دون السابق كما كان للمالك الرجوع إليه أيضاً بمقتضى «على اليد»، وهو أيضاً يقتضي رجوع المالك بقاء إلى كلٍّ منهما»[1].

مناقشات على حلّ السيّد الخوئي

قد يظهر بعض المناقشات ممّا مرّ ومنها:

---

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/(٤٩٩-٤٩٧).

أوّلاً: اعتبار التالف ملكاً بما هو تالف ومعدوم يحتاج إلى دليل مفقود في المقام.

وثانياً: يمكن لأحد أن يناقش في وجود السيرة العقلائية على ثبوت المعاوضة القهرية بين البدل والعين التالفة.

وثالثاً: نفس وجود المعاوضة القهرية غير معلوم عند العقلاء وإنّما ذكرها بعض المتأخرين ولعلّ احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب الغرامة بالبدل حيث لا يعقل كون المعدوم ـ بما هو معدوم ـ ملكاً لصاحبه أو ملكاً لغارمه.(١)

ورابعاً: «أنّ قياسه التلف الحكمي بالتلف الحقيقي ممنوعٌ، فما ذكره من قيام السيرة العقلائية على أنّ الضامن الدافع للعوض إلى المالك، يعدّ مالكاً لبقايا التالف من الرضاض والكسور، مختصٌّ بالتلف الحكمي، والبحث في المقام عن التلف الحقيقي، ولم تثبت فيه السيرة المدّعاة في التلف الحكمي، بل نفس الشكّ في تحقّق السيرة وعدمه كافٍ في نفيها، وبالتالي فقياس التلف الحقيقي بالحكمي قياسٌ مع الفارق.

وخامساً: أنّ الاعتبار لا قيمة له إلّا إذا كان ذا أثر، كما في المقام، فإنّ اعتبار ملكيّة التالف لليد الأُولى لا أثر له إلّا الضمان، بمعنى أنّه يترتّب على ملْكيّة الضامن الأوّل للتالف حقّه في مطالبة الذمّة اللّاحقة المتلفة بعوض المدفوع إلى المالك، ومن المعلوم أنّ اعتبار الملكيّة لأجل ترتّب الضمان مستلزمٌ للدور الباطل.

وسادساً: كما إنّ اليد السابقة ضامنة أمام المالك، كذلك اليد اللّاحقة ضامنة له عند استيلاءه بقاعدة اليد، وليس هناك زيادة استيلاء لأحدهما على الآخر ليستوجب تقدّمه في الضمان على الآخر، نعم حصل هناك تلف في ظرف استيلاء اليد اللّاحقة، فدفع السابق بدله، وفي ظرف التلف لم تكن للسابق يدٌ على المال ليستلزم يده ودفعه البدل الملكية على المال، فقوله: «فلم يبق إلّا أن يكون للضامن بعد إعطاء عوضه»(٢) ممنوعٌ»(٣).

---

(١) الثلاثة الأُولى للسيّد الخميني في ردوده على الفقيه اليزدي.

(٢) مصباح الفقاهة ٣٨٥/٤.

(٣) العقد النضيد ٧٤/٤.

جواب المناقشات على حلّ السيّد الخوئي

يمكن أن يجاب عن المناقشات:

وعن الأوّل: اعتبار الملكية للتالف أو المعدوم بما هو تالف أو معدوم ممكن ولا يحتاج إلى أزيد من الاعتبار والأمر فيه سهلٌ، نعم يحتاج إلى وجود الثمرة وهي موجودة، والدليل على الاعتبار نفس هذه السيرة العقلائية.

وعن الثاني: السيرة العقلائية موجودة على المعاوضة القهرية ويمكن امتحانها في الموارد المختلفة عند عامة الناس.

وعن الثالث: المعاوضة القهرية موجودة والشاهد عليها ما مرّ في بحث الكشف الحكمي وإجازة المالك، من «إمكان كون الشيء في زمان ملكاً لواحد، وفي ذلك الزمان بعينه ملكاً لآخر مع تعدد زمان الاعتبار، وعليه فقبل دفع الضامن الأوّل البدل يعتبر التالف ملكاً للمالك في زمان طُرُوْءِ التلف عليه، وبعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف في ذلك الآن ملكاً للضامن، والمصحح لذلك الاعتبار ترتب الأثر عليه من ملك الضامن بقايا التالف ورجوعه إلى الضامن الثاني.

ويشهد لذلك ملاحظة فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع في يد المشتري، فإنّه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري وبعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع في ذلك الآن ملك البائع، ولذا يرجع إليه ببدله كما لا يخفى»[1].

وعن الرابع: مساواة التلف الحكمي والتلف الحقيقي بالنسبة إلى هذه المعاوضة القهرية ودلالة السيرة العقلائية عليها والشاهد على المساواة أنّ ما ذكره على المعاوضة كلاهما تلف حكمي، ولكن ما ذكره على جريان السيرة العقلائية أحدهما تلف حقيقي وهو الأوّل وثانيهما تلف حكمي، وحيث أنّ السيرة العقلائية قائمة على التلفين فحكمهما بالنسبة إلى المعاوضة القهرية واحد. وليس قياسهما معاً مع فارق.

وعن الخامس: أمر الإعتبار سهل وبيد المعتبِر ولا يتم إلّا إذا كان في البين ثمرة

---

(١) إرشاد الطالب ١٤١/٤ و ١٤٢.

وإلّا كان لغواً، والثمرة هنا ترتب ضمان اللاحقين لِمَنْ أدى البدل إلى المالك، ولم يكن في البين دورٌ، يعتبر المعتبِر اعتبار ملكية التالف للمؤدي ثمّ يترتب على هذا الاعتبار ضمان اللاحقين بالنسبة إليه، فأين الدور الذي ادعاه في العقد النضيد؟!

وعن **السادس**: بعد قبول ملكية التالف للمؤدِّي، يثبت ضمان اللاحقين له وثبوت استقرار الضمان على مَنْ تلف المال عنده لأنّه غير قادر إلى أداء العين، فلا وجه لإشكال تساوى الأيدي الضامنة.

وبما أجبنا عن المناقشات على حلّ السيّد الخوئي‌ترتفع العويصة ولله الحمد.

ونحن نوافق فتوى المشهور في بحث تعاقب الأيدي من رجوع كلٍّ سابق إلى لاحقه دون العكس واستقرار الضمان على من تلفت العين في يده والله العالم.

و«هذا كلّه إذا تلف المبيع في يد المشتري»[١].

---

(١) المكاسب ٣/٥١١.

حكم بقاء العين عند بعض الأيدي المتعاقبة

قال الشيخ الأعظم﵀: «وقد عرفت الحكم أيضاً في صورة بقاء العين وأنّه يرجع المالك بها على مَنْ في يده أو من جرت يده عليها»[1].

أقول: مراده من قوله: «قد عرفت»، قوله في أوّل المسالة الأولىٰ من المسائل المتفرقة: «لو لم يجز المالك فإن كان المبيع في يده فهو وإلّا فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقائه...»[2]. وهذا إذا أمكن انتزاع العين ممّن هي في يده.

وإن لم يمكن انتزاع العين ممّن هي في يده قال الشيخ الاعظم﵀: «فإن لم يمكن انتزاعها ممّن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة، وللمالك استرداده فيردّ بدل الحيلولة»[3].

أقول: قد مرّ في مباحث بدل الحيلولة[4] عدم تمامية أدلتها وقلنا هناك: «حيث لا تتمّ الأدلة لإثباتها فلا يمكننا موافقة المشهور من فقهائنا ـ قدس الله أسرارهم ـ من حكمهم بها، و في موارد الضياع و السرقة و الغرق و الإباق إن يصدق التلف عرفاً يحكم بأدلة الضمان بضمان المال للمالك بالمثل أو القيمة من جانب الضامن.

و إذا لم يصدق التلف عرفاً فليس للمالك المطالبة ببدل ماله، نعم له أجرة ماله بدلاً

---

(١) المكاسب ٥١١/٣.

(٢) المكاسب ٤٨٣/٣.

(٣) المكاسب ٥١١/٣.

(٤) الآراء الفقهية ٥٦٧/٤ وما بعدها.

من منافعه الفائتة له.

و في فرض التلف و أداء الضمان وقع المبادلة القهرية، فينتقل المال إلى المالك و العين التالفة إلى الضامن، بحيث لو وجدت إحياناً كانت له»[١].

فحينئذ ـ أي حين لايمكن انتزاع العين ممّن هي في يده غرم للمالك بالبدل إن يصدق التلف عليه عرفاً وإلّا لابدّ للمالك من الصبر والظفر على عين ماله وله الأُجرة بدلاً من منافعه الفائتة له.

قال الشيخ الأعظم: «وللمالك استرداده فيردّ بدل الحيلولة»[٢].

أقول: ظهر بما ذكرنا أنّ أخذ المالك بدل ماله وقعت المبادلة القهرية بين العين والبدل وصار المالك مالكاً للبدل والضامن المؤدي للبدل مالكاً للعين، بحيث لو وجدت إحياناً كانت له. فلا تتم مقالة الشيخ الأعظم إلّا على القول ببدل الحيلولة.

وقال الشيخ الأعظم: «ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأوّل بمجرّد تمكّنه من الاسترداد من الثاني»[٣].

أقول: والوجه في ذلك قاعدة على اليد وشمولها لهما ولكلّ من جعل يده على المال ولذا قال في بقية كلامه: «لأنّ عهدتها على الأوّل فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل»[٤]. كما يمكن له أن يأخذها من الثاني فيبرأ ذمة الأوّل والثاني بالنسبة إلى العين.

ثمّ بقي هنا فروع:

الأوّل: مؤونة ردّ العين على مَنْ؟

قاعدة على اليد تقتضي أنّها على الضامن لأنّ الرد عليه فمؤونته أيضاً عليه.

ولذا قال الشيخ الأعظم هاهنا: «فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل»[٥].

---

(١) الآراء الفقهية ٥٨٢/٤.

(٢) المكاسب ٥١١/٣.

(٣) المكاسب ٥١١/٣.

(٤) المكاسب ٥١١/٣.

(٥) المكاسب ٥١١/٣.

أي أنّ المؤونة قليلة كانت أو كثيرة على الضامن أو متعارفة كانت أو غيرها عليه.

ولكنّه‏ ذهب في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد بأنّ مؤونة الرد على القابض الضامن ولكنّها إذا كانت متعارفة عادية وأمّا إذا كانت غيرها ـ أي الكثيرة ـ فلا، لأنّ أدلة نفى الضرر تنفيها.[١]

أقول: قد مرّ[٢] هذا الفرع في ذلك البحث واخترنا هناك بأن المؤونة القليلة أو العادية المتعارفة كانت عليه وأمّا غيرها فلا لجريان قاعدة نفي الضرر.

لأنّ المؤونة إذا بلغت إلى حدّ الاجحاف والضرر العرفي ـ الذي يعده العرف ضرراً ومن عليه متضرراً ـ فلا يبعد شمول قاعدة نفي الضرر لها.

اللهم إلّا أن يقال: بأنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، وقد مرّ منّا عدم تمامية هذا الكلام في الأبحاث الماضية.

وبالجملة: مؤونة ردّ العين على الضامن إذا كانت قليلة أو متعارفة عادية وإلّا فلا.

الثاني: لو توقف استرجاع المالك لماله على مؤونة فعلى مَنْ؟

قال الشيخ الأعظم: «ليس للمالك أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه»[٣].

مراده: إنّ الردّ على الضامن ومؤونته أيضاً عليه حتّى إذا كان متوقفاً على بعض المقدمات المستلزمة لبذل الأموال وصرف المؤونة، ولكن ليس من تلك المقدمات بذل الأُجرة للمالك حتّى يُباشِرَ بنفسه الاسترداد وبالتالي فليس للمالك مُطالَبَةُ ٱلضّامِنِ بِها.

وقد ناقشه الاستاذ المحقّق ـ مدظله ـ وقال: «وفيه: إذا توقّف ردّ المال إلى المالك أو إخراجه من محلّ معيّن وإيصاله إليه، على القيام بأعمال معيّنة، يستلزم صرف مبالغ ماليّة، فإنّ من حقّ المالك، وذلك بمقتضى إطلاق دليل «لا يحلّ لأحدٍ...» أن يمنع الغاصب عن التلاعب بالمال والتصرّف فيه، إلّا بالطريقة التي يراها مناسبة مع طبيعة بضاعته المغصوبة، وهكذا فيما نحن فيه، فإنّه حينما توقّف استرداد ماله من اليد العادية

---

(١) راجع المكاسب ١٩٩/٣، الثاني.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٣٨٩/٤.

(٣) المكاسب ٥١١/٣.

على القيام بأعمال معيّنة تستلزم بذل الأُجرة، فإنّ من حقّه أن يطالب بها الغاصب، وإلزامه بذلك، ومنعه عن ردّ ماله إليه بطريقة أُخرى قد لا تحتاج إلى الأُجرة المذكورة، وذلك بمقتضى إطلاق دليل منع التصرّف إلّا بإذنه»[١].

الثالث: إذا كان المالك يقدر على استرداد ماله فقط

ويحتاج إلى مؤونة أو يريد أخذ الأُجرة بذلك هل على الضامن دفعها؟

في المسألة صور ثلاث أشار إليها الشيخ الأعظم من دون اختيار وترجيح.

قال: «ولو لم يقدر على استردادها إلّا المالك، وطلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزّل منزلة التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأُجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه»[٢].

أقول: أمّا الصورة الأولى: وهي بذل المؤونة والأُجرة والعوض مطلقاً ولو كانت كثيرة وغير متعارفة وغير عادية فلا، ومرّ في الفرع السابق بأنّ أدلة نفي الضرر تنفيها ولا توجيه له حتّى وإن كان الضامن غاصباً.

وأمّا الصورة الثانية: وهي الانتقال إلى بدل الحيلولة فممنوع، لأنّ المال الموجود الذي يمكن الوصول إليه لايلحق بالمال الذي في حكم التالف ولايمكن الوصول إليه عادة.

وأمّا الصورة الثالثة: وهي التفصيل بين طلب الأُجرة المتعارفة وبين الزائد عليها فتام بدلالة سيرة العقلاء وقضية الجمع بين وجوب ردّ مال الغير وحرمة الاستيلاء عليه والتصرف فيه إلّا بإذن مالكه.

وبالجملة: يحكم بدفع الأُجرة المتعارفة للمالك لاسترداد ماله. والله العالم.

وبعبارة أُخرى: «ثمّ إنّ المالك هل يمكنه منع الغير عن نقل ماله أو إخراجه ولا

---

(١) العقد النضيد ٤/٧٧.

(٢) المكاسب ٣/٥١١.

يجوز للغاصب أن يعطي الأُجرة لغير المالك ويأمره باخراج مال المالك فيما إذا لم يرض المالك بذلك وأراد أن يخرجه بنفسه لتمليك أُجرة الاخراج، أو أنه لايجوز للمالك ذلك أبداً ويجوز للغاصب أن يدفع الأُجرة إلى غير المالك ويأمره بالاخراج؟

الظاهر أنّ المالك متمكّن من منع غيره عن التصرف في ماله بالنقل والاخراج فيكون تصرف الغير فيه حراماً لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم»(١) وعدم ورود تخصيص عليه في المقام فيخرجه المالك بنفسه ويتملّك الأُجرة، نعم لو ادّعى الزيادة يجري فيه ما سبق من عدم وجوب دفع الزائد على الغاصب بوجه، فهناك مسائل ثلاث:

الأُولى: أنّ المالك مثل غيره في أنه إذا نقل ماله بنفسه أو أخرجه عن البحر ونحوه يستحقّ الأُجرة لا محالة.

الثانية: أنّ المالك له أن يمنع غيره من التصرف في ماله بالاخراج والنقل ويتمكّن من أن يباشره بنفسه ويستحقّ به الأُجرة؟

الثالثة: أنه لايجوز للمالك مطالبة الزائد عن أُجرة المثل في صورة الانحصار وغيرها»(٢).

الرابع: إذا تغيّرت العين

قال الشيخ الأعظم: «هذا كلّه مع عدم تغيّر العين، وأمّا إذا تغيّرت فيجيء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرّض لها...»(٣).

أقول: إذا تغيّرت العين ـ مع فرض بقائها ـ نحو الثوب إذا وَقَعَتْ عليه الخياطة، أو العصير العنبي إذا غلى ولم يذهب ثلثاه أو ذهب، أو اللحم أو القمح أو الرز أو غيرها من المواد الغذائية إذا طبخ وصار طعاماً، وفي جميع الأمثلة ومثلها إذا تغيّرت قيمته بعد التغيّر فهل يرجع المالك على البائع الفضولي أو المشتري منه الذي حدث التغيّر بيده؟

وهل الثابت عليه قيمتها يوم وقوعها تحت يد البائع الفضولي أم المشتري أو قيمتها

---

(١) عوالي اللآلي ٣/٢٠٨، ح٤٩، بحارالأنوار ٢/٢٧٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٥.

(٣) المكاسب ٣/٥١١.

يوم التغيير أو قيمتها يوم الأداء؟

وهل يجوز للمالك أخذ العين المملوكة مع أخذ الغرامة من الضامن أم لا؟ ولابدّ له من أخذ البدل فقط؟ فروع ومسائل يبحث عنها في كتاب الغصب ولذا قال الشيخ الأعظم: «وإن كان كثير ممّا ذكرنا أيضاً ممّا لا يناسب ذكره إلّا في باب الغصب، إلّا أنّ الاهتمام بها دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناماً للفرصة»[1].

---

(١) المكاسب ٣/٥١١.

تكميلٌ: فيه مسألة الإبراء

إذا أبرأ المالك ذمّة أحد من الضامنين فهل يبرأ هو فقط أو يبرأ الجميع؟ وهل يجوز لمن أبرأه المالك أن يرجع إلى لاحقه أم لا؟

قال الفقيه السيّد اليزدي: «أمّا لو أبرأ ذمّة واحد منهم فهل يبرأ الجميع، وليس له بعد ذلك الرجوع إليهم أو لا؟ فيجوز أن يبرأ بعضهم ويأخذ من أحد الباقين؟ وجهان: أقواهما أنّ مقتضى إبرأ واحد براءة الجميع، وذلك لأنّ المفروض وجود بدل واحد في ذمّة الجميع، فإذا أبرأ واحد منهم فكأنّه أخذ منه ذلك البدل، فليس له بعد ذلك شيء، وإن صرّح ببراءته مع إرادة الأخذ من الباقين يعد من التناقض، فلا يحصل إبراء ذلك الواحد أيضاً، وليس الحال في المقام كالواجب الكفائي إذا أسقط التكليف من أحدهم؛ حيث إنَّ الوجوب يبقى على الباقين؛ وذلك لأنَّه إخراج له عن التكليف، لا إسقاط المكلف به، بخلاف المقام فانَّه إن أراد إخراج ذلك الواحد عن الضمان وعن سببية يده فليس له ذلك؛ إذ ليس أمر السببية بيده، فليس له عليه إلّا ذلك البدل، فإذا جعله في حِلٍّ منه فكأنّه أخذه منه، ومعه لا معنى لمطالبة الباقين.

وهل لهذا الواحد أن يرجع على لاحقه؟ وجهان، أقواهما العدم؛ لأنَّ الوجه في رجوعه إنَّما كان سببيته لضرره، وأخذ الغرامة منه، والمفروض أنّه لم يؤخذ منه شيء، والفرق بينه وبين الهبة والمصالحة ونحوهما واضح، فتدبّر»[1].

---

(١) حاشية المكاسب ٢/٣١٧ و ٣١٨.

وتبعه المحقّق السيّد الخوئي[١]ﷺ.

مقالة المحقّق الخميني حول الإبراء

قالﷺ: «لا يبعد الاختلاف بحسب المباني في باب ضمان اليد، فمن قال: بأنّ نفس العين على الذمة وهي باقية إلى زمان الأدا ولو بالمثل أو القيمة ولا فرق في الضمان حال وجودها وتلفها[٢]، فلابدّ إمّا من الالتزام بأنّ الإبراء بمنزلة الاستيفاء، فمعه تحصل غاية الضمان التي هي الأداء؛ فإنّ الإبراء أيضاً نحو استيفاء.

فعليه يلزمه القول: بأنّه مع وجود العين أيضاً يكون الإبراء استيفاءً للمأخوذ، ولازمه خروج العين الموجودة عن ملك مالكها؛ لعدم تعدّد المال له، والمفروض وصول ماله الذي أخذ منه، وهذا ممّا لا أظنّ اْلتزام أحدٍ به.

ولو قيل: لو فرض قصور دليل اليد عن ذلك، فلا قصور لغيره، كقولهﷺ: «الغصب كلّه مردود»[٣].

يقال: إذا فرض حصول الغاية لدليل اليد، يقع التعارض بينه وبين ماذكر، وهو حاكم عليه، فتدبّر.

وحيث لا يمكن الالتزام بذلك، ولا يسع القائل التفصيل بين زمان وجود العين وغيره، بعد وحدة الدليل، ووحدة المضمون، وعدم تغيّره حال الوجود والتلف، فلا يمكن أن يقال: إنّه في زمان الوجود ليس الإبراء استيفاءً، بخلاف حال التلف.

فلابدّ له من الالتزام بأنّ إبراء ذمّة أحدهم، لا يلازم براءة الآخرين، كما أنّه في حال وجود العين، لا يكون إبراء أحدهم إبراءً للآخرين.

والتفصيل: بين من كانت العين موجودة بيده وغيره؛ بأنّ الاستيفاء لا يؤثّر بالنسبة إليه دون غيره، كما ترى.

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٣ و ١١٤، ومحاضرات في الفقه الجعفري ٢/٥٠٠.

(٢) حاشية المكاسب، السيّد اليزدي ١/٩٦، السطر ٢٧ من طبع الحجرى، (١/٤٦٩).

(٣) الكافي ١/٥٤٢، ح٤، تهذيب الأحكام ٤/١٣٠، ح٢، وسائل الشيعة ٩/٥٢٤، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب ١، ح٤.

نعم، على المذهب المعروف في باب ضمان اليد[١]، يصحّ التفصيل بين حال الوجود وحال التلف، والالتزام بأنّ إبراء ذمّة حال الوجود لا يلازم إبراء غيرها؛ لأنّه في حال الوجود ليس على الآخذ مثل أو قيمة، وإنّما عليه معنى تعليقيّ «وهو أنّه لو تلف عليك».

وهذا المعنى التعليقيّ نحو ضمان مسبّب عن الأخذ والاستيلاء، فكلّ من الأيادي ضامنة بهذا المعنى، ومعنى إبرائه هو الإبراء عن الضمان، لا الاستيفاء للمضمون، وذلك واضح، فإذا أبرأ أحدهم يرجع ذلك إلى أنّه إذا تلف لم يكن عليك، وهو لا ينافي بقاء ضمانات اُخر.

وأمّا بعد اَلتَّلَفِ، فحيث يكون المثل أو القيمة على عهدتهم، وليس للمضمون له إلّا مال واحد على ما عرفت،[٢] فإبراء أحدهم ملازم لبراءة غيره، فلابدّ من البحث على هذا المبنى.

فنقول: التحقيق أنّه كلّما كان إبراء الضمان مستلزماً لإبراء البدل والعوض أو عينه، لا يعقل بقاء ضمان غيره، لا لأجل استيفاء حقّه، أو كون الإبراء بمنزلة الأخذ.

بل لما عرفت سابقاً؛ من أنّ عنوان «البدل» و «العوض» و «جبر الخسارة» ونحوها، من العناوين التي لاتقبل التكرار،[٣] ومعلوم أنّ «على اليد...» إنّما يوجب اشتغال الذمم بعنوان «الضمان» و «جبر الخسارة» ومثل هذا غير قابل للتكَرار.

فحينئذٍ لو أبرأ أحد مَنْ في السلسلة مِنْ البدل أو العوض، فلايعقل بقاء البدل على ذمّة غيره، وليست الذمّم مشغولة بغير ذلك، فلازمه رفع الاشتغال من جميع الذمّم، سواء كان الإبراء بمنزلة الأخذ والاستيفاء أم لا.

وأمّا إذا لم يستلزم ابراؤه إبراءَ غيره، كما لو أبرأه حال وجود العين فلا يبرأ غيره،

---

(١) الخلاف ١/٦٧٤، السطر ١٣، حاشية المكاسب، السيّد اليزدي ١/٩٦، السطر ٢٥ من طبع الحجري (١/٤٦٩).

(٢) تقدّم في كتاب البيع ٢/٤٧٦.

(٣) تقدّم في كتاب البيع ٢/٤٧٥.

لما عرفت من أنّ الضمانات كثيرة، وليس ضمان أحدهم عين ضمان الباقين ولا مستلزماً ـ وجوداً وعدماً ـ له، فلصاحب المال إبراء أحدهم دون غيره فتدبّر جيّداً»[١].

تفصيل المحقّق الرشتي في مسألة الإبراء ونقده

ذهب المحقّق الرشتي[٢]ﷺ إلى براءة المتقدم من المبرىء عنه وبقاء المتأخر منه على شغل ذمّته، أمّا الأوّل فيدّعي أنّ من لوازم اشتغال ذمّته ـ بحكم قاعدة الضمان ـ رجوعه إلى مَنْ تأخّر، فإذا أبرأ المتأخر فقد أبرأه عمّا عليه سواء كان ابتداءً أو بواسطة الرجوع إلى مَنْ يرجع إليه.

وأمّا الثاني فالمتأخر باق على شغل ذمّته لأنّ الإبراء ليس كأداء المبدل وقبضه، بل للمالك حقوق كثيرة وللضمان تعلّقات عديدة، فإسقاط أحدها لا يلازم إسقاط غيره.

وَاْعْتَرَض عليه السيّد الخمينيﷺ بقوله: «فَفِيْهِ: مضافاً إلى ما عرفت من عدم الفرق بين الإبراء والاستيفاء وأخذ البدل، بعد كون الإبراء إسقاطاً للمضمون الذي لايعقل فيه التكرار والتعدد، أنّه على فرض التعلّقات العديدة والغضّ عمّا ذكرناه، أنّ ما أفاده على هذا المبنىٰ غير تامّ؛ لأنّ أساس ضمان الآخذ للمالك في الأيادي المتعاقبة، غير أساس ضمانه للغاصب السابق.

فموضوع الضمان للمالك هو أخذ ماله، من غير دخالة شيء آخر فيه، كما هو ظاهر دليل اليد، فضمان غيره وعدم ضمانه غير دخيل فيه، وأساس ضمان الغاصب المتأخّر للمتقدّم، ليس أخذ مال المالك بلا إشكال، بل أمر آخر، وهو أخذ وصف «المضمونيّة» كما عرفت،[٣] وهو تمام الموضوع لضمان الإيادي المتأخّرة بالنسبة إلى الأيادي المتقدّمة.

فلا دخالة لهذا الوصف[٤] في ضمانهم للمالك، كما لا دخالة للمِلْك في ضمانهم للأيادي المتقدّمة، وإن كان أخذ الوصف لايمكن إلّا بأخذ العين.

---

(١) الكتاب البيع ٢/(٥٠٧-٥٠٤).

(٢) كتاب الغصب /١٢٦ من طبع الحجري، السطر ٥.

(٣) تقدّم في كتاب البيع ٢/ ٥٠١.

(٤) أي وصف المضمونية.

فحينئذٍ إذا أبرأ المالك أحد مَنْ في السلسلة، فإنّما أبرأه عن ضمانه، لا عن ضمان غيره؛ إذ ليس له إبراؤه إلّا من حقّه، فإذا رجع إلى من سبق الذي أبرأه، فله الرجوع إليه وإن أبرأه المالك؛ لأنّ رجوعه لأجل ضمانه للوصف مع عدم حصول غايته.

فالقول: بعدم جواز الرجوع إليه مع الغضّ عمّا ذكرناه، غير مرضيّ.

ولو سلّم عدم جواز رجوعه إليه، فلا نسلّم عدم جواز رجوع المالك إلى من تقدّمه؛ لمنع اللزوم المذكور.

ألا ترى: أنّه لو أبرأ الغاصب الأوّل مثلاً أحد مَنْ في السلسلة عن ضمانه، فلا إشكال في عدم جواز رجوعه إليه لو رجع إليه المالك، مع أنّ لازم ما ذكره هو براءة ذمّته من المالك أيضاً، وهو واضح الفساد، ولا أظنّ التزامه به، فيستكشف منه عدم اللزوم.

مضافاً إلى أنّ ما ذكره: من أنّ اشتغال ذمّة المتقدّم من لوازمه ـ بحكم القاعدة ـ رجوعه إلى من تأخّر من الأيادي، بعد إطلاح العبارة؛ ضرورة عدم إرادة نفس الرجوع، بل المراد جوازه.

إن كان المراد أنّ اشتغال المتقدّم لازمه بقول مطلق جواز ذلك، فهو ممتنع؛ للزوم تأثير اليد المتقدّمة في تحقّق اليد المتأخّرة عنها، وتحقّق حكمها؛ قضاءً لعدم انفكاك اللازم عن ملزومه.

وإن كان المراد أنّ اشتغال المتقدّم لازمه ذلك بعد تحقّق المتأخّر وترتّب حكمه عليه.

فيرد عليه: مضافاً إلى لزوم التفكيك في دليل اليد؛ بأن يكون تمام الموضوع في مَوْرِدِ اليد فقط، وفي موردٍ اليد مع قيد آخر، فإنّ اليد من الغاصب الأوّل تمام الموضوع إذا لم تتعقّبها يد أُخرىٰ، ومع تعقّبها تكون هي مع قيد آخر موضوعة، وهو اليد التي يصحّ رجوعها إلى المتأخّر، وهو كما ترى.

أنّ اللزوم لمّا لم يكن عقليّاً وهو واضح، لابدّ أن يكون بجعل شرعيّ، وليس في المقام شيء سوىٰ دليل اليد، فيلزم من ذلك أن يكون دليل اليد متكفّلاً لجعل الضمان لليد الأُولىٰ والثانية، حتّى يترتّب عليهما جواز الرجوع، ثمّ جعل اللازم لاشتغال ذمّة المتقدّم،

وهو مستحيل من دليل واحد وجعل فارد.

هذا مع أنّه لو كانت استفادة الضمان من دليل اليد، كافيةً في اللزوم المذكور، فلقائل أن يدّعي اللزوم بالنسبة إلى الأيادي المتأخّرة؛ بأن يقول: إنّ اشتغال ذمّة المتأخّر، من لوازمه جواز رجوع المتقدّم إليه، فإذا برئ المتقدّم سقط جواز الرجوع؛ فإنّه موقوف على رجوع المالك إليه، وأخذه منه، وبعد الإبراء ليس للمالك ذلك، فلا يصحّ الرجوع إلى المتأخّر.

وممّا ذكرناه يظهر الكلام لو أراد بما ذكره أنّ اشتغال ذمّة المتأخّر من لوازم اشتغال المتقدّم فيرد عليه ما ذكرناه حرفاً بحرفٍ.

والإنصاف: أنّ ما ذكره غير مرضيّ لا بحسب المبنىٰ ولا بحسب البناء»[1].

المختار في مسألة الإبراء

إذا أبرأ المالك ذمّة واحد من الضامنين بقاعدة على اليد نحو إبراء أحد مَنْ في وسط سلسلتهم لايبرأ الجميع خلافاً للمحقّقين اليزدي والخوئي ولا يبرأ الجميع في فرض تلف العين وعدمه في فرض وجود العين خلافاً للمحقّق الخميني ولا يبرأ المتقدم من المبرئ عنه وبقاء المتأخر منه على شغل ذمّته خلافاً للمحقّق الرشتي، بل يبرأ مَنْ أبرأه المالك فقط من دون الفرق في بقاء اشتغال الذمة بين المتقدم منه أو المتأخر وبلا فرق بين تلف العين ووجوده والوجه في ذلك:

اخترنا في بحث الضمان بأنّ نفس العين تكون متعلَّقة بتكليف وجوب الأداء مادامت هي باقية وبعد تلفها تنتقل على ذمّه الضامن إلى زمن الأداء وحينه[2] تنتقل إلى المثل أو القيمة ولذا اخترناه في بحث ضمان القيمي قيمة يوم الأداء فعلى ما ذكرنا لا فرق بين فرضي وجود العين وتلفها.

ثمّ فليعلم: بأنّ الإبراء لَيْسَ بمنزلة الاستيفاء لوضوح الفرق بينهما وَلِما مرّ من

---

(١) كتاب البيع ٢/(٥١٠-٥٠٧).

(٢) أي حين التلف.

المحقّق الخميني من الفرق بينهما من عدم إمكان القول بالتنزيل مع وجود العين وإذا رُدّ التنزيل في فرض وجود العين رُدّ في فرض تلفها لِاتّحادِ الدليل والمضمون والضمان.

فحينئذٍ ـ أي حين لم يثبت بأنّ الإبراء بمنزلة الاستيفاء ـ فلا يجري على الإبراء عناوين البدل أو العوض أو جبران الخسارة ونحوها من العناوين التي لا تقبل التكرار ولوضوح الفرق بينه وبين هذه العناوين، لأنّ المالك في الإبراء لم يأخذ شيئاً حتّى يصدق عليه استيفاء حقّه أو أخذ بدل ماله أو عوضه أو جُبِرَتْ خسارته، فعلى ما ذكرناه يجوز له إبراءُ بَعْضِ الضامنين دون بعضهم، لأنّ الإبراء يقبل التكرار بالنسبة إلى الأفراد المختلفة.

نعم، للمالك حق الرجوع على كل مِنْ الذين جعلوا أيْدِيَهُمْ على ماله وأخذ عين ماله أو بدله منهم بدلاً واحداً، فله أن يعفو بعضهم أو أحدهم من هذا الحق وأخذ العين أو البدل من غيرهم، لِأنَّهُ كما مرّ في بحثها[1] قابل للإسقاط وهذا منها.

فيجوز للمالك إسْقاطُ حقّه بالنسبة إلى واحد من الضامنين أو أكثر من الواحد ولا يسري هذا الاسقاط إلى غيره أو غيرهم ويجوز له مطالبة غيره أو غيرهم بالمال عينه أو بدله.

ومن المعلوم أنَّهُ لا يقوم المبرئ عنه مقام المالك مِنْ رجوعه إلى لاحقيه وأخذ الغرامة منهم لأنّ لم يؤد شيئاً إلى المالك بل أخذ منه الحلّ فقط. هذا ما يخطر ببال هذا القاصر ـ عامله الله بفضله وعفوه ـ والله العالم وبه تم الكلام في بحث تعاقب الأيدي.

---

(١) راجع الآراء الفقهية ١٧/٤.

وَصْلٌ:

تتمة مسائل حول بيع الفضولي

المسألة الرابعة: بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

أقوال الفقهاء حول المسألة

قال الشيخ في النهاية: «إن باع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة مضى البيع فيما يملك وكان فيما لا يملكُ موقوفاً [على إجازة مالكه] ما بيّنّاه»[1].

وقال في المبسوط: «إذا باع شيئين صفقة واحدة أحدهما ينفذ فيه بيعه والآخر لاينفذ فيه بطل فيما لا ينفذ وصحّ فيما ينفذ سواء كان أحدهما مالاً والآخر غير مال ولا في حكم المال مثل أن باع خلّا وخمراً أو حرّا وعبداً أو شاة وخنزيراً أو كان أحدهما ماله والآخر مال الغير أو باع عبده وعبداً موقوفاً أو أمّ ولده مع بقاء ولدها، الباب واحد، ومعنى تفريق الصفقة أنّه إذا بطل في أحدهما لم يبطل في الآخر، وقولهم: لا يفرق أي إذا بطل في أحدهما بطل في الآخر، وإذا قلنا على ما قلنا بتفريق الصفقة يقسّط الثمن على أجزائهما ككرّين من طعام وصاعين من دهن أو كان الّذي بطل فيه البيع مشاعاً مثل أن باعه داراً نصفها له ونصفها لغيره ولا فصل بين أن يكون ممّا يدخله العوض أو لا يدخله»[2].

وقال في الخلاف: «إذا باع شيئين صفقة واحدة، أحدهما ينفذ فيه البيع والآخر لا ينفذ فيه البيع، بطل فيما لاينفذ البيع فيه، وصحّ فيما ينفذ فيه، سواء كان أحدهما مالاً والآخر ليس بمال ولا في حكم المال، مثل أن باع خلاً وخمراً، أو حراً وعبداً، أو شاة

---

(١) النهاية /٣٨٥.

(٢) المبسوط ١٤٤/٢و ١٤٥.

وخنزيراً.

وما يكون أحدهما مالاً والآخر في حكم المال، مثل أن باع أمته وأمُ ولده، أو عبده وعبداً موقوفاً، أو كان أحدهما ماله والآخر مالاً لكنه ملك الغير، الباب واحد.

وقال الشافعي، يبطل فيما لاينفذ فيه البيع قولاً واحداً، وهل يبطل في الآخر؟ على قولين: أصحهما عندهم أن البيع يصحّ في أحدهما.(١)

وقال أبوحنيفة: إن كان أحدهما مالاً والآخر ليس بمال ولا في حكم المال، بطل في المال. وإن كان أحدهما مالاً له والآخر لغيره، نفذ في ماله وكان في مال الغير موقوفاً.(٢)

وقال مالك وداود: يبطل فيهما.(٣)

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾(٤) وهذا بيع فيما يصحّ أن ينفذ بيعه، فوجب أن يكون صحيحاً، فمن أبطله فعليه الدلالة، وعليه إجماع الفرقة، ولا يختلفون فيه»(٥).

وقال السيّد ابن زُهْرَةَ في الغُنْية: «... وقد دخل فيما أصّلنا نفوذ بيع ما يصحّ بيعه إذا بيع معه في صفقة واحدة ما لا يجوز بيعه، لأنّه مملوك يصحّ بيعه منفرداً بلا خلاف، فمن أبطله في هذه الصورة فعليه الدليل ويدلّ على ذلك بعد إجماع الطائفة ظاهر قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾(٦)»(٧).

---

(١) المجموع ٣٨١/٩ و ٣٨٨، والوجيز ١٤٠/١، وفتح العزيز ٢٣٣/٨ و ٢٣٧، والمغني لابن قدامة ٣١٦/٤، والشرح الكبير ٤٣/٤.

(٢) اللباب ٢٤٧/١، وشرح فتح القدير ٥/(٢٢٥-٢٢٦)، وشرح العناية على الهداية في هامش شرح فتح القدير ٢٢٥/٥، والمجموع ٣٨٨/٩، وفتح العزيز ٢٣٧/٨، والمغني لابن قدامة ٣١٦/٤ وتبيين الحقائق ٦٠/٤، والشرح الكبير ٤٤/٤.

(٣) المجموع ٣٨٨/٩، والمغني لابن قدامة ٣١٦/٤، والمحلّى ١٦/٩، والشرح الكبير ٤٣/٤.

(٤) سورة البقرة /٢٧٥.

(٥) الخلاف ١٤٤/٣، مسألة ٢٣٢.

(٦) سورة البقرة /٢٧٥.

(٧) غنية النزوع /٢٠٩.

وقال بعد اوراق أيضاً: «وقد قدّمنا أنّ من جمع في صفقةٍ واحدةٍ بين شيئين يصحّ بيع أحدهما دون الآخر نفذ البيع فيما يصحّ فيه، فإذا ثبت ذلك فالمشتري بالخيار بين أن يردّ الجميع أو يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذين يتقسّط عليه، لأنّ جميع الثمن إنّما كان في مقابلتهما ويتقسّط عليهما معاً، فإذا بطل بيع أحدهما سقط من الثمن بحسابه ومن أوجب الجميع فعليه الدليل ولا خيار للبائع على المشتري في ذلك،لانّ البيع قد ثبت من جهته فمن جوّز له الخيار فعليه الدليل»(١).

وقال ابن إدريسَ في السرائر: «وإذا باع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة وعقد واحد مضى البيع فيما يملك وكان فيما لايملك باطلاً حسب ما قدّمناه واخترناه وكذلك إذا باع ما يجوز بيعه من جملة ما يملك وما لا يجوز بيعه من المحرّمات مضى البيع فيما يصح بيعه وبطل فيما لايصح البيع فيه.

مثال الأوّل، باع ملكه وملك غيره بثمن واحد، في عقد واحد، ومثال الثاني، باع شاة مملوكة له، وخنزيراً، وهو مسلم، في عقد واحد بثمن واحد، فإن البيع في المملوك صحيح، والبيع في غير المملوك، وفي غيرا لمحلل للمسلم تملكه باطل.

فإذا تقرر هذا، فالمشتري بالخيار بين أن يردّ الصفقة جميعها، أو يمسك ما يصح فيه البيع، بما يخصّه من الثمن الذي يتقسط عليه، مثاله باع شاة وخنزيراً بثلاثة دنانير، فإنّ الثمن يتقسط على قدر قيمة الشاة، وقيمة الخنزير عند مستحليه، فيقال: كم قيمة الشاة؟ فيقال: قيراطان، ويقال: كم قيمة الخنزير؟ فيقال: قيراط، فيرجع بثلث الثمن، وهو دينار، وبالعكس من ذلك، أن يقال: قيمة الشاة قيراط، وقيمة الخنزير عند مستحليه قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن، وهو ديناران.

وكذلك في ملكه وملك الغير، إذا باعهما معاً في عقدٍ واحد، بثمن واحد، فبحساب ما صوّرناه، لا يختلف الحكم في ذلك، فالإعتبار بالقيم، ويرجع في الأثمان بحسب

---

(١) غنية النزوع /٢٣٠.

القيمتين»[١].

أقول: حكم ابن ادريس ببطلان البيع في ما لا يملك لأنّه يقول ببطلان الفضولي.

قال المحقّق الشرائع: «وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك مضي بيعه فيما يملك وكان فيما لا يملك موقوفاً على الإجازة ويُقَسَّط الثمن بأن يقوّما جميعاً ثمّ يُقَوَّم أحدُهما ويرجع إلى البائع بحصَّته من الثمن إذا لم يُجزْ المالك. ولو أراد المشتري ردّ الجميع كان له ذلك»[٢].

وقال العلّامة في القواعد: «ولو باع ملكه وملك غيره صفقةً صحّ فيما يملك ووقف الآخر على إجازة المالك فإن أجاز نفذ البيع وقسّط الثمن عليهما بنسبة المالَيْنِ بأن يقوَّما جميعاً ثمّ يقوَّم أحدهما. هذا إذا كان من ذوات القيم وإن كان من ذوات الأمثال قُسِّط على الأجزاء سواء اتحدت العين أو تكثّرت ولو فسخ تخيّر المشتري في فسخ المملوك والإمضاء فيرجع من الثمن بقسط غيره»[٣].

وقال في تذكرة الفقهاء: «إذا جمع بين الشيئين، فإمّا أن يجمع بينهما في عقدٍ واحد أو في عقدين، فالأوّل إمّا أن يقع التفريق في الابتداء أو في الانتهاء.

والأوّل إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، فالعقد باطل قطعاً في الجميع، كما لو جمع أُخْتَيْنِ في النكاح.

وإن لم يكن كذلك، فإمّا أن يجمع بين شيئين كلّ واحد قابل لما أورده عليه من العقد، أو لا يكون كذلك، فالأوّل كما لو جمع بين عينين في البيع، صحّ العقد عليهما.

ثمّ إن كانا من جنسين ـ كعبدٍ وثوب ـ أو من جنسٍ واحد لكن قيمتهما مختلفة ـ كعبدين ـ يوزّع الثمن عليهما باعتبار القيمة.

وإن كانا من جنسٍ واحد واتّفقت قيمتهما ـ كَقَفِيْزَيْ حِنْطَةٍ[٤] واحدة ـ يوزّع

---

(١) السرائر ٢/٢٧٥ و ٢٧٦.

(٢) الشرائع ٢/٩.

(٣) القواعد ٢/١٩ و ٢٠.

(٤) في الطبعة الحجريّة: «كقفزين من حنطة».

عليهما باعتبار الأُجزاء.

وإن كان الثاني، فإمّا أن لا يكون واحد منهما قابلاً لذلك العقد ـ كما لو باع خمراً وميتةً ـ فهو باطل قطعاً، وإمّا أن يكون أحدهما قابلاً.

فالذي هو غير قابل ضربان:

أحدهما: أن يكون متقوّماً، كما لو باع عبده وعبد غيره صفقةً واحدة، صحّ البيع، ووقف البيع في عبد غيره، فإن أجازه الغير، وإلّا بطل.

والثاني: أن لا يكون متقوّماً، فإمّا أن يتأتّى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقة، كما لو باع عبداً وحُرّاً، فإنّ الحُرّ غير متقوّم، لكن يمكن تقدير القيمة فيه بفرض العبوديّة من غير تغيّر في الخلقة، ويصحّ البيع في العبد. وإمّا أن لايتأتّى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيّر في الخلقة، كما لو باع خَلّاً وخمراً، أو مذكّاةً وميتةً، أو شاةً وخنزيراً، فإنّه يصحّ البيع في الخَلّ والمذكّاة والشاة.

إذا عرفت هذا، فنقول: إذا باع عبده وعبد غيره صفقةً واحدة، صحّ البيع في عبده، ولا يقع البيع باطلاً فيه، ويقف العقد في عبد الغير، فإن أجاز البيع فيه، لزم. وإن فسخ، بطل، ويتخيّر المشتري حينئذٍ بين فسخ البيع في الجميع وبين أخذ عبده بقسطه من الثمن، ذهب إليه علماؤنا ـ وهو أحد قولي الشافعي، وبه قال مالك وأبو حنيفة[1] ـ لأنّ كلّ واحد منهما لو انفرد بالعقد، ثبت له حكمه، فإذا جمع بينهما، وجب أن يثبت لكلٍّ منهما حكم الإنفراد، لأنّ العلّة لهذا الحكم هو الماهيّة، وهي باقية حالة الجمع، فثبت مقتضاها، كما لو باع شقصاً مشفوعاً وعبداً، ثبتت الشفعة في الشقص دون العبد، كما لو انفرد.

ولأنّ الصفقة اشتملت على صحيح وفاسد، فانعقد الصحيح[2] في الصحيح وقصر

---

(١) المهذّب ـ للشيرازي ٢٧٦/١، المجموع ٣٨١/٩، التهذيب ـ للبغوي ٤٩٥/٣، حلية العلماء ١٣٨/٤-١٤٠)، العزيز شرح الوجيز ١٣٩/٤ و ١٤١، روضة الطالبين ٨٨/٣، المغني ٣١٥/٤، الشرح الكبير ٤٣/٤.

(٢) في نسختين من الكتاب والطبعة الحجريّة. والطبعة الحديثة: «التصحيح»، وفي الطبعة المحقّقة المطبوعة سنة ١٣٧٥ هـ في النجف الأشرف «الصحيح». وهو الصحيح لذا جعلته في المتن.

الفاسد على الفاسد، كما إذا شهد عدل وفاسق، لا يقضى بردّ الشهادتين ولا بقبولهما، بل تلك مقبولة وهذه مردودة. ولو أخبر بصدق وكذب في خبرٍ واحد، لا يقضى بصدقهما ولا بكذبهما»(١).

وقال في مختلف للشيعة: «لو ضمّ ما يملك إلى ما لا يملك وباعهما في عقد واحد نفذ البيع في المملوك، إلّا أن يختار المشتري الفسخ، ولو فسخ مالك الآخر البيع في ما يخصّه كان في غير المملوك موقوفاً على رضى المالك، فإن أجازه نفذ البيع وإلّا بطل...»(٢).

قال الشهيد في الدروس: «ولو ضمّه [أي ضمّ بيع ما لايملك] إلى المملوك صحّ فيه، ووقف في الآخر»(٣).

قال المحقّق الثاني في جامع المقاصد ذيل عبارة القواعد الماضية: «قوله: (صح فيما يملك، ووقف الآخر على إجازة المالك) أي: صح البيع فيما يملك، أي: لزم لوجود شرط اللزوم، وهو: كونه مالكاً، فدلّ على أنه أراد بالصحة: اللّزوم.

وإن قيل: كيف يكون الوقوف للآخر على الاجازة، والموقوف إنّما هو للعقد أو لأثره؟ قلنا: تقدير العبارة: وقف العقد في الآخر، بدليل ماقبله. فإن قيل: كيف يكون العقد الواحد لازماً موقوفاً؟ قلنا: بالإضافة إلى شيئين لا محذور.

قوله: (وقسط الثمن عليهما بنسبة المالين، بأن يقوّما...) إنما اعتبر تقويمهما ثمّ تقويم أحدهما، لتعرف نسبة قيمة كلّ منهما إلى مجموع القيمتين، فيعرف ثمن كلّ منهما من مجموع الثمن، وإنّما لم يقسط على العينين، لامكان زيادة الثمن على القيمتين أو نقصانه عنهما، وعدم مساواة كلّ من القيمتين للأخرى.

وفي عبارته حذف، تقديره: ثمّ يقوّم أحدهما، وتُنسب قيمته إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ له بتلك النسبة من مجموع الثمن.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٢/٥ و ٦ و ٧.

(٢) مختلف الشيعة ٥/٥٥.

(٣) الدروس ٣/١٩٢.

فرع: لو كان كَمِصْراعَيْ بابٍ أو زَوْجَيْ خُفٍّ، وجب أن يُقَوَّما معاً، منفرداً كلّ منهما عن الآخر، ثمّ ينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، لأنّه إنّما يقوّم المال باعتباره، وكلّ منهما إنّما يملك أحد الزوجين، فلا يستحق مايزيد من القيمة باجتماعهما، بخلاف أحكام الغصب.

قوله: «وإن كان من ذوات الأمثال قُسِّطَ على الأجزاء) وذلك لعدم الاحتياج إلى اعتبار القيمة، لثبوت التساوي في المثلي بين أجزائه، وسيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى تحقيق الفرق بين المثلي والقيمي.

قوله: (سواء اتّحدت العين أو تكثّرت) أي: سواء اتّحدت أو تكثرت في كلّ من المثلي والقيمي، فالأقسام أربعة: اتّحدت في القيمي كالعبد المشترك، تكثّرت فيه كالعبد مع الجارية، اتّحدت في المثلي كقفيز من برّ، تكثرت فيه كقفيزين، لكن هذا على إطلاقه لا يستقيم، بل يجب أن يقيد بما إذا تساوت الأوصاف التي لها دخل في زيادة القيمة ونقصانها، أمّا إذا تفاوتت كجيد الحنطة مع رديئها أو مع الشعير مثلاً، فإن المرجع حينئذٍ إلى القيمة، وإلّا لزم استواء الحنطة والشعير في الثمن، وهو معلوم البطلان، فإنّ متساوي الأجزاء إنّما قسّط الثمن على أجزائه لتساويها في القيمة، لعدم الاختلاف بينها المؤثر في اختلاف القيمة، والموضع المذكور بخلاف ذلك.

قوله: (ولو فسخ تخير المشتري في فسخ المملوك والإمضاء) ينبغي تقييده بما إذا كان جاهلاً في الحال، وإلّا فلا فسخ له.

سؤال: التراضي إنّما وقع على مجموع المبيع بما صحّ بالاضافة فإذا فسخ الغير في ملكه ارتفع التراضي، فيلزم بطلان العقد؟

جوابه: لما وقع التراضي على المجموع صح العقد، فاذا طرأ عليه البطلان بالاضافة إلى بعض المبيع لم يلزم بطلان الآخر، لعدم الدلالة، ولأن الرضى قد حصل ضمناً، فتكفي الصحة، ولا يلزم من البطلان في الآخر ارتفاع الرّضى الذي كان قد حصل، ولا بطلان

حكمه»[١].

قال المحقّق الأردبيلي في توضيح قول العلّامة «ولو باع المملوك له ولغيره، فإن أجاز المالك صح»: «أي لو ضم مال غيره إلى مال نفسه وباعهما صفقة، فإن كان بإذنه فهو صحيح ويقسّط المسمى، وإن لم يكن بإذنه، فإن أجاز فكذلك إن قلنا بصحة الفضولي وإلّا بطل في مال الغير فقط، ويقسّط الثمن لتمييز ثمن ماله.

ويحتمل **البطلان** رأساً، فإنّه إنّما حصل التراضي والعقد على المجموع وقد بطل، وما حصل على البعض التراضي والعقد، إذ حصوله في الكلّ لايستلزم حصوله في الجزء.

والمشهور إنّه إنّما يبطل في المال الغير فقط، فإنّ العقد على الكلّ بمنزلة عقود متعددة على الأجزاء، ولهذا لو خرج بعض ماله مستحقا لا يبطل إلّا فيه، ونحو ذلك كثيرة.

نعم، لما لم يكن ذلك صريحاً وكان تبعيض الصفقة عيباً، يكون للمشتري الخيار إن جهل بالحال، وإلّا فلا.

وفيه تأمل معلوم ممّا تقدّم، ولأنّ البائع أيضاً ما رضي إلّا على الوجه الخاص، فكيف تُلزمه على غير ذلك الوجه.

ويحتمل ثبوت الخيار له أيضاً إذا ادعى الجهل، أو ظن قبول مالكه العقد الفضولي، أو أدعى فيه الإذن ونحو ذلك.

وكذا الكلام فيما لو ضمّ الخنزير أو الخمر، إلّا أنّه يثمن عند مستحليه، بأن يقوم عدلان عارفان مسلمان جديداً منّا أنّه يسوّى عند مستحليه كذا وكذا. ويمكن الاكتفاء بمَنْ يثق منهم على تقدير العجز وحصول العلم أو الظن القريب، ويقوّم الحرّ، بفرضه رِقاً.

ولو كان المشتري عالماً لاخيار له في الكلّ، وهو ظاهر، لأنّه أقدم على ذلك مع العلم، فكأنّه اشترى الجزء الذي هو ملك البائع بثمنه.

وقيل: طريق التقويم أن يقوّما جميعاً، ثمّ يقوّم أحدهما وينسب قيمته إلى قيمة

---

(١) جامع المقاصد ٤/٧٨ و ٧٩.

الكلّ وأخذه هذه النسبة من المسمى لهذا المقوّم ويبقى الباقي للآخر، وهو ظاهر»[١].

وقال جدي الشيخ جعفر في شرح القواعد: «(ولو باع) أو نقل بأيّ ناقل كان (ملكه) المتسلّط عليه (وملك غيره) أو ملكه الذي سلطانه لغيره (صفقةً؛ صحّ[٢] فيما يملك) ممّا سلطانه عليه ـ ما لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم رباً، أو بيع آبق من دون ضميمة، وصرف من دون إقباض، ونحو ذلك[٣] ـ للإجماع محصّلاً ومنقولاً[٤]، ولعدم المانع، لأنّ الأسباب الشرعية كالعقلية مؤثّرة[٥] في القابل دون غيره. والأوّل إلى الجهالة غير ضارّ مع حصول العلم بالأصالة.[٦] وتبعية العقود للقصود منطبقة على البعض المقصود[٧]، كما سيجيء تحقيقه، مع شهادة العمومات به[٨] (ووقف) اللّزوم فيه، والصحّة

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨ و ١٦٣.

(٢) قال المحقّق الكركي، في: جامع المقاصد ٧٨/٤: «أي: صحّ البيع فيما يملك. أي: لزم، لوجود شرط اللّزوم، وهو كونه مالكاً، فدلّ على أنّه أراد بالصحّة اللزوم».

(٣) وأخذ بهذا التقييد وذكر الأمثلة الشيخ النجفي، في: جواهر الكلام: ٣٠٩/٢٢. وحكاه الشيخ الأنصاري، في: المكاسب ٥١٥/٣.

(٤) في: غنية النزوع، قسم الفروع، /٢٠٩، رياض المسائل ٢٢٩/٨.

(٥) في بعض النسخ: (تؤثّر).

(٦) ردّ على بعض الشافعيّة في تعليلهم البطلان بـ «أنّ الثمن المسمّىٰ يتوزّع عليهما باعتبار القيمة، ولا يُدرىٰ حصّة كلّ واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما لو قال: بعتك عبدي هذا بما يقابله من الألف إذا وزّع عليه وعلىٰ عبد فلان، فإنّه لا يصحّ». حكاه عنهم العلّامة، في تذكرة الفقهاء ٨/١٢.

(٧) كأنّه ردّ على المقدّس الأردبيلي، في: مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨، حيث احتمال البطلان رأساً.

(٨) لذا استدلّ السيّد ابن زهرة: في: غنية النزوع، قسم الفروع، /٢٠٩، على الصحّة بقوله تعالى **﴿وَأَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ﴾** (سورة البقرة /٢٧٥). هذا وقد استدلّ العلّامة، في تذكرة الفقهاء ٧/١٢، والمحدّث البحراني في الحدائق الناضرة ٤٠٠/١٨، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل ٢٢٩/٨، على الصحّة بالنصّ الخاص الوارد في المقام، المروى في وسائل الشيعة، كتاب التجارة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

في (الآخر؛ على إجازة المالك) أو المتسلّط، لما دلّ على الفضولي، ولنسبته من بعض أصحابنا[١] هنا إلى علمائنا. (فإنْ أجاز، نفذ البيع) ولزم على القول بالكشف، إذ ليس مجرّد التوقّف عيباً. وعلى النقل يقوىٰ الخيار، سيّما مع طول الفصل بين العقد والإجازة.

(وقُسّط الثمن عليهما بنسبة المالَين، بأنْ يُقوّما جميعاً) بقيمة وقت البيع على القول بالكشف (ثمّ يُقوّم أحدهما) منفرداً ـ حيث لا يكون للهيئة الاجتماعية مدخلية ـ فيؤخذ من الثمن بنحو التقويم مع التوافق. ومع اختلاف الثمن والتقويم؛ تُلحظ نسبتهما إلى القيمة، فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة.

ومع اعتبار الهيئة الاجتماعية من جانب واحد يُقوّمان معاً، ويؤخذ المنضمّ بنسبته والمنفرد بنسبته من الثمن.

ومع اعتبارها من الجانبين: فإنْ تساويا واتحدا في النسبة، قُسّم الثمن بينهما. وإنْ اختلفا في القيمة وتساويا من جهة الانضمام، اُخذت قيمة الانفراد مع إضافة نصف ما زاد بالاجتماع. وإن اتحدا في قيمة الانفراد واختلفا في جهة الانضمام، لُوحظ انفراد كلّ مع ما يلحقه من جهة الاجتماع. ومع الاختلاف فيهما، تُلحظ قيمة كلّ مع ما يُنسب إليه من جهة الاجتماع، ثمّ يُؤخذ من الثمن بتلك النسبة. ولو زادت قيمة أحدهما بالاجتماع ونقصت قيمة الآخر، لُوحظ الزائد مع زيادته والناقص مع نقصه. ولو جُعل الثمن بينهما قبل العقد على حال، ثمّ جاءت صفقة العقد، عُمِل على مقتضاها، وعلى القول بالنقل يعتبر التقويم حينه. وحيث لاتدخل الهيئة حين مُضيّ العقد يلزم التبعيض المسلّط على الخيار في المقامين.

ويجري الكلام في عقد الفضولي عن مالكين مع إجازتهما في قسمة الثمن بينهما، ومع إجازة أحدهما فيما يستحقّه منه، وفي كلّ متلَف مضمون على المتلِف، عيناً كان أو منفعة.

ولو كان للاجتماع قيمة في وقت دون آخر، بُني[١] الضمان وعدمه على ما تقدّم.

وما ذُكر مبني على ملاحظة صفة الاجتماع لمالكَين مختلفَين، على ما عليه جماعة[٢]، وهو الأقوى. وأنكر بعضهم ذلك[٣]، مستنداً إلى أنّ صفة الاجتماع ليست مملوكة لأحدهما، لأنّهما مُلِكا منفردَين، وصفة الاجتماع عارضة، جاءَت من الغيب، ولم تدخل تحت يد أحدهما. وفرّق بعضٌ[٤] بين الإمضاء وعدمه لتلف وشبهه[٥]، فاعتبر الهيئة في الأوّل دون الثاني. ويلزم على قولهم أنْ لا يحلّ بيع شيئَين منضمَّين من مالكَين مع مدخلية الهيئة.

و(هذا) البحث إنّما يتمشّى فيما (إذا كان) المُثَمَّنُ (من ذوات القيم) ولا إشاعة فيه، أو كانت مع تعدّده.

(وإنْ كان) مشاعاً أو متحداً أو متعدّداً متماثلاً (من ذوات الأمثال) وقد سبق بيانها (قُسّط) الثمن (على الأجزاء)[٦] بحسبها، لإمكان التوزيع فيها على النسبة، فلا يحتاج إلى التقويم.[٧] فلو كان المثمن قفيز حنطة قُسّط الثمن على مقدار السهام منها بعد ملاحظة

---

(١) في إحدىٰ النسخ: (بنيت مسألة) بدل (بُني).

(٢) فهو مقتضىٰ إطلاق عبارة الشيخ الطوسي، في المبسوط ١٤٥/٢، وابن ادريس في السرائر ٢٧٦/٢، والمحقّق الحلّي في شرائع الإسلام ١٥/٢، والعلّامة هٰهنا، والشهيد الأوّل في الدروس ١٩٦/٣، واللّمعة الدمشقية /١٠٥.

(٣) كالمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٧٨/٤، والشهيد الثاني في مسالك الافهام ١٦٢/٣، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل ٢٣١/٨.

(٤) وهو السبزواري في كفاية الفقه ٤٥١/١.

(٥) في بعض النسخ: (والفسخ) بدل (وعدمه لتلف وشبهه).

(٦) قال الشهيد الثاني في فوائد القواعد /٥٣٤: «ليس على إطلاقه، فإنّ تكثير العين من ذوات الأمثال يتناول مختلف الأجناس ومنفعتها مع اختلاف الأوصاف، كالحنطة والشعير ورديء الحنطة وجيّدها، وفي هذين لا يصحّ التقسيط على الأجزاء، بل على القيمة كالقيمي».

(٧) كما ذكره المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٧٨/٤.

النسبة بينها وبين الثمن[١].

ويجري مثله في القيمي القابل للتوزيع، كأرض وثوب ونحوه، ولعلّه راجع إلى الأوّل.

ولو اجتمع قيمي ومثلي، أُعطي[٢] حُكْمَ ٱلْقِيْمِيّ.

وتعدّد القيميات والمثليات واتحادها في الثمن، لا يُثمر شيئاً (سواء اتحدت العين أو تكثّرت).

ومتىٰ رجع المثلي إلى القيمي جاءَه حكم القيمي. وتكثير الأقسام بإنهائها إلى ستة أو أكثر[٣]، لا حاجة إليه.

ومع تعذّر المثلي، يرجع إلى حكم القيمي أو يبقى على حاله.

ولو فسخ لم يبطل البيع[٤]، لعدم المانع من مُضِيّهِ في بعضٍ وانفساخه في آخر، كما في الثمن والمثمن إذا ظهرا معيبين أو ناقصين، ولأنّ الأسباب الشرعية كالعقلية إذا تعلّقت بمتعدّد قابل وغير قابل أثّرت في القابل دون غيره، ولأنّ العقد على اتحاده بمنزلة عقود فلا فرق بين تعدّده الصوري وخلافه، ولتحقّق الوفاء بمقتضىٰ العقد في المقدار الممكن، مضافاً إلى أنّه لا يسقط الميسور بالمعسور، وما لا يُدْرَك كلّه لا يُتْرك كلّه، وللإجماع المنقول[٥] المؤيّد بموافقة نقل الشهرة[٦]، ولِما دلّ من الروايات عليه[٧].

---

(١) في بعض النسخ: (فيها). وفي بعضها: (بينه وبينها) بدل (بينها وبين الثمن).

(٢) أي: المجتمع. وفي بعض النسخ: (أعطيا).

(٣) إشارة إلى ما فعله الشهيد الأوّل في الحاشية النجارية /٢٢٣ وحكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٦٥١/١٢.

(٤) إشارة إلى ما احتمله المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

(٥) في غنية النزوع، قسم الفروع، /٢٠٩، تذكرة الفقهاء ١٠/(١٨-١٩)، و ٦/١٢ و ٢٣-٢٤، رياض المسائل ٢٢٩/٨.

(٦) في مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

(٧) وسائل الشيعة، كتاب التجارة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

والاستناد في البطلان إلى أنّ العقود تتبع القصود وما وقع هنا لم يُقصَد وما قُصِد لم يقع[١]، والى لزوم الغرر والجهالة[٢] لأنّ القدر المستحقّ حقيقة مجهول فيكون من بيع الغرر، وأنّ الأصل عدم صحّة العقد فيما لم يقم برهان على صحّته، وأنّه كزواج الأُختين أو الأُمّ والبنت وبيع الدرهم بالدرهمين[٣]، وأنّ صيغة العقد واحدة فلا تتبعّض[٤]، وأنّ الكلّ والبعض مختلفا الجنس فيكون كبيع الذهب فيظهر نحاساً؛ مردود بأنّ القصد يعمّ الضمني، وإلّا لزم بطلان أكثر المعاملات، إذ قلّما يخلو شيء منها من دخول غير المقصود في متعلّقه، مع أنّ القصد قد تحقّق قبل الإجازة ولو لا ذلك لم تثمر الإجازة. وبأنّ الغرر إنّما يترتّب عليه الضرر لو قارن الإقدام ولا التفات إلى الغاية بلا كلام، والأصل مقلوب، والعمومات كافية في إثبات المطلوب، والقياس على الأُختين والأُمّ والبنت والدرهم بالدرهمين مردود بأنّ المانع فيها هو الترجيح بلا مرجّح المستلزم[٥] للترجّح بلا مرجح[٦] المنبعث عن تعارض الصحّتين، وأنّ التبعيض في المتعلَّق لا يقتضي تبعيض العقد المتعلَّق[٧]، وبأنّ الحِكَميات لا تدخل في الشرعيات.

(ولو فسخ تخيّر المشتري) الجاهل[٨] (في فسخ المملوك) لتبعّض الصفقة عليه، ولزوم الضرر لذلك بالنسبة إليه، بخلاف البائع لأنّه جاء من قِبَله. ولا يبعد ثبوته له مع جهله، أو دعواه الإذن لإثبات عذره، كما احتمله بعضهم[٩]. والأقوى خلافه. (و) في

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

(٢) كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلاّمة في تذكرة الفقهاء ٨/١٢.

(٣) كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلاّمة في تذكرة الفقهاء ١٢/(٧-٨).

(٤) كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلاّمة في تذكرة الفقهاء ١٢/(٧-٨).

(٥) في بعض النسخ: (المقتضي) بدل (المستلزم).

(٦) قوله: (المستلزم [المقتضي] للترجّح بلا مرجّح) لم ترد في بعض النسخ.

(٧) كلمة: (المتعلَّق) لم ترد في بعض النسخ.

(٨) قيّده بالجاهل تبعاً للمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٧٩/٤، وللشهيد الثاني في فوائد القواعد /٥٣٤.

(٩) وهو المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٨/(١٦٢-١٦٣).

(الإمضاء) ولا يجب عليه حينئذٍ سوىٰ قسطه المقابل له (فيرجع من الثمن بقسط غيره). ويجري في التقسيط على نحو ما سبق بيانه»[١].

وقال سيّد الرياض: «(ولو باع ما يملك وما لم يملك كعبده وعبد غيره) صفقة و (في عقد واحد صحّ)[٢] البيع ولزم (في عبده) خاصّة (وقف) في (الآخر على الإجازة) على المختار في الثاني، ولا خلاف في الأوّل، بل ظاهرهم الإجماع عليه، وصرّح به في الغنية[٣]؛ للصحيح: في رجل باع قطاع أرضين... وعرّف حدود القرية الأربعة... وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين... وعرّف حدود القرية الأربعة... وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنّما له بعض هذه القرية وقد أقرّ له بكلّها؟ فوّقع عليه السلام: «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»[٤].

مضافاً إلى أنّ البائع مأمور بالوفاء بالعقد في ماله، وعدم إجازة المالك بعد ذلك لا يرفع الأمر المستقرّ في ذمّته قبل ظهوره، فاحتمال بعض من تأخّر البطلان رأساً[٥]، ليس في محلّه.

وأمّا توهّم إيجاب تبعّض الصفقة الخيار له [للبائع]، فمع أنّه لا يوجب البطلان ليس في محلّه؛ لإقْدامِهِ على ضرره، نعم إن جهل أمكن ثبوت الخيار له [للبائع].

ثمّ إنّه إن أجاز [المالك] صحّ البيع ولا خيار، وإن ردّ تخيّر المشتري ـ مع جهله بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع ـ بين الفسخ وإمضائه؛ لتبعيض الصفقة، أو الشركة الموجبين للضرر، المنفي آية ورواية.

---

(١) شرح القواعد ٢/(١٢١-١١٤).

(٢) في المطبوع: ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك في عقد واحد كعبدة وعبد غيره صحّ.

(٣) الغنية (الجوامع الفقهية) /٥٨٥ (٢٠٩ من الطبعة الحديثة).

(٤) الكافي ٤٠٢/٧، ح٤، الفقيه ١٥٣/٣، ح٦٧٤، التهذيب ١٥٠/٧، ح٦٦٧، الوسائل ٣٣٩/١٧، أبواب عقد البيع وشروطه الباب ٢، ٣٣٩/١٧، ح١، صحيحة محمّد بن الحسن الصفار.

(٥) مجمع الفائدة ١٦٢/٨.

وليس في النصّ ما يخالفه كما تُوهِّمَ[١] وإن تضمّن لفظ الوجوب؛ لإضافته إلى البائع، ولا كلام فيه كما مرّ، ولكنّه غير الوجوب من المشتري، فقد يجامع ثبوت الخيار له الوجوب من البائع، كما في كثير من المواضع.

فإن فسخ رجع كلّ مال إلى مالكه، وإن رضي صحّ البيع في المملوك للبائع بحصّته من الثمن. ويعلم مقدارها بتقويمهما جميعاً ثمّ تقويم أحدهما منفرداً ثمّ نسبة قيمته إلى قمية المجموع، فيخصّه من الثمن مثل تلك النسبة.

فإذا قُوّما جميعاً بعشرين وأحدهما بعشرة صحّ في المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان زائداً أم ناقصاً، فلو كان الثمن في المثال ستّة أُخذ لأحدهما منها نصفها ثلاثة، هذا في جهة النقيصة، ويعلم المثال في جهة الزيادة بزيادة الثمن على العشرين ولو بواحدة، وإنّما أُخذ بنسبة القيمة ولم يخصّه من الثمن قدر ما قُوّم، لاحتمال زيادتها عنه ونقصانها، فربّما جمع في بعض الصور بين الثمن والمثمن على ذلك التقدير، كما لو كان قد اشترى المجموع في المثال بعشرة.

ثمّ إنّه إنّما يعتبر قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كلّ واحد كفرض العبارة. أمّا لو استلزم ذلك كمصراعي باب لم قوّما كلّ منهما منفرداً وينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة، دون أن ينسب إلى قيمتهما مجتمعين. فلو كان قيمتهما كذلك اثني عشر ومنفردين تسعة والثمن ستّة وقيمة أحدهما ثلاثة يؤخذ لكلّ منهما من الثمن بقدر نسبة قيمتهما إلى التسعة وهو الثلث اثنان، ولا يؤخذ بقدر نسبة قيمتهما إلى الاثني عشر وهو الربع واحد ونصف، كذا قيل.[٢]

وربما يستشكل مع جهل المشتري بالحال وبذله الثمن في مقابلة المجموع من حيث المجموع، فالأخذ بالنسبة إلى المجموع قيمتهما منفردين ظلم على المشتري وحيف عليه.[٣]

---

(١) أُنظر الحدائق ١٨/٤٠٠.

(٢) الروضة ٣/٢٣٩، المسالك ٣/١٦٢، الحدائق ١٨/٤٠٢.

(٣) أُنظر الروضة ٣/٢٤٠، المسالك ٣/١٦٣.

وهو حسن، إلّا أنّه منقوض بالظلم على البائع لو أُخذ بالنسبة إلى مجموع قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ، مع عدم تَقْصيرِهِ وإتلافه شيئاً على المشتري، وإنّما أراد له شيئاً لم يسلم له، فإلحاقه بالغاصب حينئذٍ في ضمان الصفقة ليس في محلّه مع براءة ذمّته عنه، والمسألة لا تخلو عن ريبة وإن كان الأوّل لا يخلو عن قوة»[1].

وقال صاحب مفتاح الكرامة في ذيل ما مرّ من قول العلّامة في القواعد: «أمّا صحته فيما يملك فقد نصّ عليه في «النهاية»[2] و «المبسوط»[3] وما تأخّر عنهما.[4] وفي «الغنية»[5] الإجماع عليه. وفي «الرياض»[6] أنّ ظاهرهم الإجماع.

وأمّا وقوف الآخر على إجازة المالك فقد نصّ عليه في «النهاية»[7] و «الوسيلة»[8] و «الشرائع»[9] و «النافع»[10] وكتب المصنّف [العلّامة][11]

---

(١) رياض المسائل ٨/(٢٣٢-٢٢٩).

(٢) النهاية، الشرط في العقود، /٣٨٥.

(٣) المبسوط، أحكام تفريق الصفقة من البيوع، ١٤٤/٢.

(٤) منهم العلّامة في مختلف الشيعة، في عقد البيع، ٥٥/٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد، في شروط المتعاقدين، ٧٨/٤، والمحقّق في شرائع الإسلام، في عقد البيع وشروطه ١٥/٢.

(٥) غنية النزوع، في البيع، /٢٠٩.

(٦) رياض المسائل، في شروط المتعاقدين، ٨/(١٢٦-١٢٧).

(٧) النهاية، الشرط في العقود /٣٨٥.

(٨) الوسيلة، في بيان بيع تبعّض الصفقة، /٢٤٧.

(٩) شرائع الإسلام، في عقد البيع، ٩/٢.

(١٠) المختصر النافع، في البيع وآدابه، /١١٨.

(١١) تذكرة الفقهاء، في أحكام تبعّض الصفقة ٦/١٢، ومختلف الشيعة، في عقد البيع وشرائطه ٥٥/٥، ونهاية الإحكام، في الملك، ٤٧٨/٢، وإرشاد الأذهان، في أركان التجارة، ٣٦٠/١، وتبصرة المتعلّمين، في عقد البيع، /٨٨، وتحرير الأحكام، في البيع، ٢٧٧/٢.

و«الشهيدين»[١] والمحقّق الثاني[٢] وغيرها[٣]. وفي «التذكرة»[٤] نسبته إلى علمائنا.

وأمّا أنّه إن أجاز المالك صحّ فيها وإلّا بطل في مال الغير خاصّة فهو المشهور كما في «مجمع البرهان»[٥] وفي «التذكرة»[٦] نسبته إلى علمائنا[٧].

وفي «المبسوط» و «السرائر» و «الغنية» أنّه إذا باع ملكه وملك غيره صحّ في ملكه وبطل في ملك الغير أجاز أو لم يجز بناءاً منهم على عدم صحّة عقد الفضولي كما تقدّم.[٨] وهو قضيّة كلام «الخلاف».

واحتمل في «مجمع البرهان»[٩] على تقدير صحّة الفضولي إن لم يجز المالك بطلان البيع رأساً (أنّه إن لم يجز المالك بطل البيع رأساً ـ خ ل)، لأنّه إنّما حصل التراضي والعقد على المجموع، وحصوله في الكلّ لا يستلزم حصوله في الجزء.

وخبر الصفّار[١٠] يسقط هذا الاعتبار، قال فيه عليه السلام: «وقد وجب الشراء على البائع على ما يملك» مضافاً إلى أنّ البائع مأمور بالوفاء بالعقد في ماله والعقد صحيح في نفسه لكنّه غير لازم كالفضولي، وعدم إجازة المالك بعد ذلك لا ترفع ذلك ـ أي الأمر المستقرّ قبل ظهوره ـ وأنّ العقد بمنزلة عقود متعدّدة، ولهذا لو خرج بعض ماله مستحقّاً لا يبطل إلّا

---

(١) الدروس الشرعية، في البيع، ٣/(١٩٢-١٩٣)، واللمعة الدمشقية، في البيع، ‎/١١٠، وغاية المراد، في المتعاقدين، ٢١/٢، ومسالك الأفهام، في شروط المتعاقدين ١٦١/٣، والروضة البهية، في شرطو المتعاقدين ٣/(٢٣٨-٢٣٩).

(٢) جامع المقاصد، في شروط المتعاقدين، ٧٨/٤.

(٣) كرياض المسائل، في شرائط المتعاقدين، ١٢٦/٨.

(٤) تذكرة الفقهاء، في تبعّض الصفقة ٦/١٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان، في المتعاقدين ١٦٢/٨.

(٦) تذكرة الفقهاء، في تبعّض الصفقة، ٦/١٢.

(٧) كذا في المصدر.

(٨) تقدّم في مفتاح الكرامة ١٢/(٥٩٣-٥٩٥).

(٩) مجمع الفائدة والبرهان، في المتعاقدين، ١٦٢/٨.

(١٠) وسائل الشيعة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

فيه.

وهذا الاحتمال أعني بطلان البيع من رأس ـ قول الشافعي[١]، قال: لأنّ اللفظة الواحدة لا يتأتّى تبعيضها فأمّا أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس، والثاني أولى، لأنّ تصحيح العقد في الفاسد ممتنع وإبطاله في الصحيح غير ممتنع، ولأنّه لو باع درهماً بدرهمين أو تزوّج بأُختين حكم بالفساد، وأنّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما ولا يدري حصّة كلّ واحدٍ منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما يقال بعتك عبدي هذا بما يقابله من الألف إذا وزّعت عليه وعلى عبد فلان فإنّه لا يصحّ.

والجواب إنّ إجماعنا منعقد وأخبارنا[٢] ناطقة بالصحّة، واللفظة الواحدة كثيراً ما تتبّعض كما إذا قال جاء زيد وعمرو صادقاً في أحدهما كاذباً في الآخر، ونحوه ما إذا شهد عدل وفاسق واحد الدرهمين كإحدى الأُختين ليس بأولى بالفساد من الآخر، ولهذا أفسدنا العقد فيهما، ولا كذلك صورة النزاع كما هو ظاهر، والثمن ليس مجهولاً، لأنّه جعل الجميع في مقابلة الجميع، فسقوط بعضه لا يجعله مجهولاً كأرش العيب وكما إذا خرج بعض ماله مستحقّاً.

وقد تحصّل من هذا أنّه لا مانع من أن يكون هذا العقد الواحد قبل الإجازة لازماً موقوفاً، فلا إيراد على عبارة المصنّف بوجهٍ. ومراده وغيره بالصحّة اللزوم، لوجود شرطه وهو كونه ملكاً.

وليعلم أنّه لابدّ من التقسيط عند الجميع، لأنّ القائل بالبطلان فيما لا يملك لابدّ له من التقسيط، وكذا القائل بتوقّفه على الإجازة على تقدير حصولها وعدمه.

وقد اختلفت عباراتهم في تقسيط الثمن إذا كان من ذوات القيم. ففي «المبسوط»[٣] وكذا «الوسيلة»[٤] يأخذه بما يتقسّط عليه من الثمن يعني يأخذ المملوك

---

(١) المجموع، في البيع، ٩/٣٧٩.

(٢) وسائل الشيعة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ١٧/٣٣٩، ح ١.

(٣) المبسوط، في أحكام تفريق الصفقة، ٢/١٤٥.

(٤) الوسيلة، في بيان بيع تبعّض الصفقة، /٢٤٧.

بقسطه. ونحوه ما في «التذكرة»[١] و«التحرير»[٢] و «الدروس»[٣] حيث قيل في الأوّلين يأخذه بقسطه من الثمن، وفي الأخير يقسّط الثمن عليهما. وفي «السرائر» يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الّذي يتقسّط عليه، كما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانيز وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن[٤]، انتهى ما أردنا نقله من كلامه، فليتأمّل فيه.

وعبارة «نهاية الإحكام»[٥] و «اللمعة»[٦] كعبارة الكتاب. وفي «جامع المقاصد»[٧] أنّ في عبارة الكتاب حذفاً تقديره: ثمّ يقوّم أحدهما وتنسب قيمته إلى مجموع القيمتين ويؤخذ له بتلك النسبة من مجموع الثمن.

وفي «الإرشاد»[٨] ويقسّط المسمّى على القيمتين. وقال في «تعليقه»[٩]: وطريق تقسيط المسمّى على القيمتين: أن يقوّم المبيعان معاً ثمّ يقوّم أحدهما على انفراده وتُنسب قيمته إلى مجموع القيمتين. قلت[١٠]: لعلّ الأولى أن يقول: إلى قيمة المجموع. قال: وينظر تلك النسبة فيؤخذ بها من الثمن...[١١] وإنّما وجب التقسيط كذلك دون التقسيط على العينين لإمكان تفاوتهما فيتعذّر التقسيط من دون اعتبار [القيمة][١٢] وإنّما وجب

---

(١) تذكرة الفقهاء، في أحكام تبعّض الصفقة، ٦/١٢.

(٢) تحرير الأحكام، في عقد البيع وشروطه، ٢٧٨/٢.

(٣) الدروس الشرعية، في البيع ١٩٦/٣.

(٤) السرائر، في العقود، ٢٧٦/٢.

(٥) نهاية الإحكام، في بيع ملكه وملك غيره صفقة، ٤٧٨/٢.

(٦) اللمعة الدمشقية، في عقد البيع، /١١٠.

(٧) جامع المقاصد، في شروط المتعاقدين، ٧٨/٤.

(٨) إرشاد الأذهان، في أركان البيع، ٣٦٠/١.

(٩) حاشية إرشاد الأذهان، في البيع، /٣٣٨، من المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركي وآثاره.

(١٠) من كلام السيّد العاملي.

(١١) حذف من كلام الكركي سطرين.

(١٢) كذا في حاشية إرشاد الأذهان /٣٣٨.

تقويمهما ثمّ تقويم أحدهما لجواز أن يكون الثمن أزيد من القيمة أو أنقص منها، فلو[١] اعتبرت قيمة واحدة بقي الفاضل من الثمن بإزاء الباقي وهو أقلّ من القيمة بكثير في صورة الزيادة وبالعكس في صورة النقصان. ونحوه ما في «جامع المقاصد»...»[٢].

وقال في الجواهر: «(وكذا) ظهر لك الحال: فيما (لو باع ما يملك وما لا يملك) بعقد واحد وثمن كذلك؛ ضرورة كون حكمه أنّه (مضى بيعه فيما يملك، وكان فيما لا يملك موقوفاً على الإجازة[٣]) بناءً على ما سمعته من صحّة الفضولي، وباطلاً على القول الآخر.

وعلى كلّ حال، فلا خلاف[٤] في صحّة بيعه ونفوذه فيما يملك إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعي؛ كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمة... ونحو ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه كما اعترف به في الرياض[٥]، بل عن الغنية دعواه عليه صريحاً[٦]، كالأُستاذ في شرحه[٧].

لإطلاق الأدلّة وعمومها السالِمَيْنِ عن المعارض، خصوصاً بعد ملاحظة ما يظهر من النصّ والفتوى من كون الأسباب الشرعيّة كالعقليّة تؤثّر في القابل دون غيره.

وما سمعته من خبر الصفّار[٨] من وجوب الشراء على البائع فيما يملك، فهو حينئذٍ بمنزلة عقود متعدّدة؛ ولذا لو ظهر بعض المبيع مستحقّاً لم تبطل إلّا فيه.

فما عن الأردبيلي: من احتمال بطلان العقد رأساً على تقدير صحّة الفضولي وعدم اجازة المالك؛ لأنّه إنّما حصل التراضي والعقد على المجموع، وحصوله لا يستلزم حصوله

---

(١) في حاشية الإرشاد: «ولو».

(٢) مفتاح الكرامة ١٢/(٦٤٤-٦٤١).

(٣) «على الإجازة» جعلت بين معقوفتين في نسختي الشرائع والمسالك.

(٤) كما في الرياض: (انظر الهامش الآتي).

(٥) رياض المسائل: التجارة، شرائط بيع، ٢٢٩/٨.

(٦) غنية النزوع: البيع، المقدّمة، /٢٠٩.

(٧) شرح القواعد: المتاجر، في المتعاقدين، ١١٤/٢.

(٨) وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١.

في الجزء.[١]

واضح الفساد، بل كأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ، ولم نعرفه لأحد من أصحابنا.

نعم، هو للشافعي محتجّاً عليه: بأنّ اللفظة الواحدة لايتأتّى تبعيضها، فإمّا أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس، والثاني أولى؛ لأنّ تصحيح العقد في الفاسد ممتنع وإبطاله في الصحيح غير ممتنع، ولأنّه لو باع درهماً بدرهمين أو تزوّج بأُختين حكم بالفساد، ولأنّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما، ولا يدرى حصّة كلّ واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً وصار كما يقال: «بعتك عبدي هذا بما يقابله من الألف» إذا وزّعت عليه وعلى عبد فلانٍ، فإنّه لا يصحّ.[٢]

وفيه: ـ مع أنّه مُنافٍ لما عرفت ـ منع عدم تبعيض متعلّق اللفظة الواحدة في الخبر والإنشاء.

ووضوح الفرق بين المقام وبين بيع الدرهم بالدرهمين والتزوّج بالأُخْتَيْنِ، ولو بعدم ترجيح تعلّق العقد بأحدهما على الآخر.

ودليل الجهالة إنّما يسلّم منه ما إذا كانت في الثمن الذي قد وقع مقابلاً في العقد، وأمّا بعد فرض معلوميّته فلا يقدح الجهل بالتقسيط؛ لإطلاق الأدلّة الذي لا ريب في شموله لما كان مجهولاً من هذه الجهة، معلوماً من الحيثيّة الأُخرى.

وبعبارة أُخرى: إنّ الإطلاق شامل لنحو هذه المعلوميّة بخلاف ما ضربه مثلاً.

وما ذكره المقدّس الأردبيلي إنّما يقتضي الخيار مع الجهل لا البطلان؛ ضرورة عدم كونه أعظم من تخلّف الوصف، وتبعيّة العقود للقصود منطبقة على البعض المقصود ولو في ضمن الكلّ.

ومن هنا ترك الاستفصال في خبر الصفّار وحكم فيه بالصحّة فيما يملك، بل لعلّه مع ظهور مدخليّة الاجتماع في موضوعه الذي هو «قطاع أرضين» المختلفة غالباً لأنّها

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر، في المتعاقدين، ١٦٢/٨.

(٢) العزيز في شرح الوجيز ١٤٠/٤.

قطع متجاورات، ولو فرض دخول الوصف في موضوع البيع ـ على وجهٍ يكون تـخلّفه كتخلّف جنس المبيع ـ كان خروجاً عن محلّ البحث.

فلا ريب في الصحّة، من غير فرق بين كـون المـالين لواحـد أو مـتعدّد، وبـين تساويهما في القيمة واختلافهما، ولا بين كون المشتري متّحداً أو متعدّداً، على الإشاعة في المبيع أو على تخصيص كلّ واحد من العبدين بأحدهما ولكن على الإشـاعة فـي الثمن، فيتقسّط حينئذٍ على قيمتهما على حسب ما تعرف إن شاء الله.

فما عن الخلاف: من البطلان في بيع المالكين عبديهما المختصّ كلّ واحد منهما بواحد، مع التساوي في القيمة أو اختلافها.[١]

والمبسوط: من البطلان أيضاً لكن مع الاختلاف في القيمة[٢]، والبطلان أيضاً لو باع العبدين من اثنين بثمن واحد لم يعلم ما يخصّ كلّاً منهما لتعدّد الصفقة.[٣]

واضح الضعف؛ ضرورة اتّحادها في الجميع والاكتفاء بمعلوميّة الثمن فـيها وإن جهل التقسيط؛ لعدم ما يدلّ على اشتراط أزيد من هذه المعلوميّة التي يرتفع معها الغرر والجهالة عرفاً.

(و) حينئذٍ ففي مفروض المتن: أجاز الغير أو لم يجز (يقسّط الثمن) على المبيع؛ حتّى يأخذ كلّ من المالكين نصيبه على فرض الإجازة، أو ليأخذ البائع ما يخصّه مـنه ويرجع الباقي إلى المشتري على فرض عدمها.

وكيفيّة ذلك فيما إذا لم يكن المبيع مثليّاً أو ما في حكمه ممّا يعلم منه تبعيّة نسبة الثمن إليه لتساوي أجزائه وأوصافه مثلاً على وجهٍ لا تختلف القيمة مـعها: (بأن يـقوّما جميعاً ثمّ يقوّم أحدهما) منفرداً ـ كما في القواعد[٤] واللمعة[٥] ومحكيّ النهاية[٦]، بـل

---

(١) الخلاف: الشركة، مسأله ١٣، ٣٣٥/٣.

(٢) المبسوط: كتاب الشركة، ٣٤١/٢.

(٣) المصدر السابق، وينظر أيضاً: المبسوط: البيع، الخراج بالضمان، ٦٦/٢.

(٤) قواعد الأحكام: المتاجر، في المتعاقدين، ١٩/٢.

(٥) اللمعة الدمشقيّة: المتاجر، الفصل الثاني، ١١٠/.

نسب[٧] إلى الأصحاب ـ ثمّ ينسب إلى قيمة المجموع.

(و) حينئذٍ (يرجع) المشتري (على البائع) القابض للثمن (بحصّته من الثمن إذا لم يجز المالك) على حسب تلك النسبة التي بها انكشف مقدار ما يخصّه من الثمن؛ ضرورة أنّه لو قوّم منفرداً من دون ملاحظة النسبة المزبورة وأُخذت قيمته من الثمن أمكن حينئذٍ في بعض الأحوال استيعابها له، بل زيادتها عليه، فيبقى الآخر حينئذٍ بلا مقابلة شيء من الثمن كما هو واضح.

وإليه يرجع ما في المبسوط[٨] وكذا الوسيلة[٩]: يأخذه ـ المملوك ـ بما يتقسّط عليه من الثمن؛ أي: يأخذه بقسطه من الثمن، كما عبّر به في التذكرة[١٠] والتحرير[١١].

وكذا ما في الدروس: يقسّط الثمن عليهما.[١٢]

وما في السرائر أيضاً: «يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذي يتقسّط عليه، كما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير... وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن»[١٣].

وهو عين ما ذكرناه؛ ضرورة كون النسبة بما فرضه ذلك.

فمراد الجميع حينئذٍ واحد، وهو أنّه إذا كان المبيع من ذوات القيم ـ التي هي غالباً مختلفة زيادةً ونقصاً ـ لابدّ في معرفة تقسيط الثمن عليها من ملاحظة قيمتها التي هي

---

(٦) نهاية الإحكام: البيع، في المعقود عليه، ٤٧٨/٢.

(٧) كما في إيضاح النافع (للقطيفي) على ما في مفتاح الكرامة: المتاجر، في المتعاقدين، ٦٤٥/١٢.

(٨) المبسوط: البيوع، تفريق الصفقة، ٨٥/٢.

(٩) عبارته «فإذا تبعّضت الصفقة كان المبتاع بالخيار... وبين الرضا ببيع ما صحّ واسترداد الثمن بقدر ما خرج مستحقّاً». الوسيلة: البيع، بيع تبعّض الصفقة، /٢٤٧.

(١٠) تذكرة الفقهاء: البيع، تفريق الصفقة، ٦/١٢ و ١٠ و ١١.

(١١) تحرير الأحكام: المتاجر، عقد البيع وشروطه، ٢/(٢٧٧-٢٧٨).

(١٢) الدروس الشرعيّة: البيع، درس ٢٣٨، ١٩٦/٣.

(١٣) السرائر ٢٧٦/٢.

متساوية الأجزاء وبدل العين وقائمة مقامها، ومعرفة النسبة منها فيوزّع الثمن عليها، وهو معنى ما في الإرشاد من أنّه «يقسّط المسمّى على القيمتين»[١]؛ وذلك لتعذّر معرفته بملاحظة العينين»[٢].

أدلة صحة هذا البيع

١ـ الإجماع

قد مرّ في كلمات القوم ادعاء الإجماع كما قاله الشيخ[٣] وابن زهرة[٤] والعلّامة[٥] وجدي الشيخ جعفر[٦] وسيّد الرياض[٧] وصاحبا المفتاح[٨] الجواهر[٩].

وعن الأردبيلي أنّه هو المشهور[١٠] وكما أنّه هو الحق المشهور بين أصحابنا عند الفاضل النراقي[١١].

وفيه: إجماع القوم وإن كان موجوداً ومحقّقاً ولكنّه إجْماعٌ مَدْرَكِيٌّ ـ كما اعترف به الاستاذ المحقّق ـ مدظله ـ[١٢] فلا يغني ولا يسمن من جوع.

(١) إرشاد الأذهان: المتاجر، في المتعاقدين، ١/ ٣٦٠.

(٢) الجواهر ٢٣/(٥٠٣-٤٩٧) [٢٢/(٣١٢-٣٠٩)].

(٣) الخلاف ٣/١٤٥.

(٤) غنية النزوع / ٢٠٩.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٢/٦، قال: «ذهب فيه علماؤنا».

(٦) شرح القواعد ٢/١١٤.

(٧) رياض المسائل ٨/٢٢٩.

(٨) مفتاح الكرامة ١٢/٦٤٣.

(٩) الجواهر ٢٣/٤٩٨ (٢٢/٣٠٩).

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٦٢.

(١١) مستند الشيعة ١٤/٢٩٧.

(١٢) العقد النضيد ٤/١٠٧.

٢ـ الإطلاقات والعُمُوْمات

نحو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ﴾[١] و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٣] لأنّ هذه المعاملة بيعٌ وعقدٌ وتجارةٌ فيشمله اطلاق أو عموم الآيات الشريفة.

٣ـ انحلال العقد

يمكن انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة بحسب متعلّقه كما يمكن انحلال اللفظة الواحدة وتبعضها في الإخبار والإنشاء. فحينئذ ينحل العقد إلى عقدين، عقد في مال البائع وعقد في مال الغير والعقد الأوّل صحيح ونافذ والثاني يحتاج إلى إجازة مالكه.

٤ـ صحيحة الصفار

صحيحة الصفار أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكّة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّي قد بعت فلاناً ـ يعني المشتري ـ جميع القرية التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع وإنّما له بعض هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنّما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلّها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك.[٤]

وهذه الصحيحة نص في المقام حيث كتب الإمام عليه السلام: «قد وجب الشراء من البائع على ما يملك». وهذا يعني انحلال العقد إلى عقدين كما مرّ.

ويمكن استفادة الخيار منها لأنّه عليه السلام اوجب البيع على البائع لا على المشتري فله الخيار.

---

(١) سورة البقرة /٢٧٥.

(٢) سورة المائدة /١.

(٣) سورة النساء /٢٩.

(٤) وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وقال السيّد العاملي: «وخبر الصفار يسقط هذا الاعتبار»[١]. أي احتمال بطلان البيع رأساً.

ويرى صاحب الجواهر هذا الاحتمال: «واضح الفساد بل كأنّه اجتهاد في مقابلة النص ولم نعرفه لأحد من أصحابنا»[٢].

ويرى الشيخ الأعظم هذه الصحيحة «النص»[٣] في المقام.

أدلة البطلان

١ـ التراضي والتعاقد إنّما وقع على المجموع

قال الشيخ الأعظم: «إنّ التراضي والتعاقد إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلّا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير مادلّ على حكم العقد والشروط والتجارة عن تراضٍ، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد نبّه عليه في جامع المقاصد[٤] في باب فساد الشرط»[٥].

وبالجملة: شرط صحة التجارة هو التراضي والتعاقد عليها وكلاهما مفقودان في المقام لأنّهما وقعا على المجموع بما هو المجموع لا على البعض.

ويمكن أن يقال: إنّ ما قُصد إنّما هو بيع المجموع وهو لم يقع في الخارج، وما وقع في الخارج ويحكم بصحته هو بيع البعض وهو لم يقصد، فما قُصد لم يقع وما وقع لم يقصد فالبيع يكون باطلاً من رأسه وأساسه.

وفيه: التراضي والتعاقد كما وقع على المجموع كذلك وقع على بعضه، ولأنّ قصد بيع ذات مال البائع نفسه موجود في ضمن قصد بيع المجموع من مال نفسه ومال غيره

---

(١) مفتاح الكرامة ٦٤٢/١٢.

(٢) الجواهر ٤٩٨/٢٣ (٣١٠/٢٢).

(٣) المكاسب ٥١٤/٣.

(٤) جامع المقاصد ٤٣١/٤.

(٥) المكاسب ٥٣١/٣.

فالتراضي والتعاقد على البعض موجود في ضمن المجموع.

نعم، البائع لم يقصد استقلال بيع مال نفسه، ولا دليل على اعتبار قصد الاستقلال، والإطلاقات والعمومات تنفيان قصد الاستقلال.

والحاصل: بيع البعض مقصود كما أنّ بيع المجموع مقصود، والمقصود واقع في الخارج كما حكم الشارع بصحته في صحيحة الصفار الماضية.

٢ـ الإنشاء بسيط فلا ينحل إلى التعدد

بتقريب: بساطة الإنشاء من الواضحات لأنّها من الأُمور الاعتبارية، وإذا كان بسيطاً فَلا ينحل إلى الصحيح والفاسد، لأنّه ليس مُرَكَّباً وليس ذاتَ أجزاءٍ حتّى ينحل بعدد أجزائه.

وفيه: نعم، الإنشاء بسيط وواحد صورة لكنّه بحسب المتعلَّق متعدداً فينحلّ الإنشاء إلى إنشاءات متعددة وللانحلال أمثلة كثيرة:

نحو: بيعي الصرف والسَّلَم فإنّهما ينحلّان ويصحّان في المقبوض في مجلس العقد ويفسدان في غير المقبوض.

ونحو: بيع الوكيل أموال موكِّليه بعقدٍ واحدٍ فإنّ بيعها بإنشاءٍ واحد ينحلّ إلى بيوعٍ متعددة بعدد تلك الأموال.

ونحو: الوصية بأزيد من الثلث فإنّها تنحلّ إلى وصيتين، إحداهما تتعلَّق بالثلث وتصحّ والأُخرى بأزيد من الثلث وتقف صحتها على إمضاء الورثة.(١)

والحاصل: السيرة العقلائية تدلّ على الانحلال وإطلاق أدلة البيع تنفي اعتبار الاستقلال والانفراد في صحة بيع مال الأصيل.

٣ـ جهالة الثمن توجب بطلان البيع

انحلال العقد يوجب جهالة الثمن بإزاء ما يملكه البائع، وهو يوجب بطلان البيع، لأنّ البائع لا يعلم بما يتقسط على ماله من الثمن حين البيع في القيمي وفي المثلي إذا لم

---

(١) راجع هدى الطالب ٥/٦٠٢.

يكن مقدار ماله معلوماً له تفصيلاً، وَهٰذِهِ الجهالة تُوْجِبُ بطلان البيع.

وفيه: أوّلاً: الجهالَةُ مفقودة بعد ما سنبيّنه من محاسبة مقدار الثمن وكيفيته.

وثانياً: ما يوجب بطلان البيع إنّما هو الغرر[1] ولا غرر في المقام بعد إمكان محاسبة مقدار الثمن.

كيفية تقسيط الثمن

على أيّ حالٍ من إجازة المالك وعدمها لابدّ من تقسيط الثمن إمّا لتعيين سهم المالك مع إجازته أو لما يرجع إلى المشتري مع عدمها.

وأمّا كيفيته: أن يقوّم كُلٌّ من المالَيْنِ أو الأموال منفرداً بالقيمة السوقية ثمّ يؤخذ نسبة قيمتهما أو قيمتها إلى مجموع القيمتين أو القيم. ثمّ يحاسب النسبة مع الثمن المسمىٰ مثلاًلو كان أحدهما خمسة آلاف دينار والآخر عشرة آلاف دينار تَصِيْرُ النسبة $\frac{١}{٣}$ و $\frac{٢}{٣}$ من مجموع الثمن المسمىٰ.

هذا بالنسبة إلى غالب الموارد صحيح.

أمّا إذا كان للهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة بالنسبة إلى حال الانفراد كجزئين من كتاب واحد أو مصراعي الباب أو كان لها دخل في نقيصة القيمة بالنسبة إلى حال الانفراد نحو بيع الأمة الشابة مع وليدته الرضيعة أو المجوهرات الغالية في فرض تعددها أو الآثار التاريخية كذلك كصورة تبسّم الجكوند [ژكوند] للدوانيچي أو أُسطوانة منشور كوروش الكبير السلطان الهخامنشي الإيراني أو كان لها دخل في زيادة قيمة أحدهما أمّا بالنسبة إلى الآخر توجب نقص قيمته فهذه ثلاثة أقسام.

ثمّ في كلٍّ قسم تارة توجب زيادة قيمتهما أو نقيصتها بالتساوي أو بالاختلاف فَتَصِيْرُ الأقسام ستة.

ثمّ في هذه الصور الست ثلاثة طرق لأجل محاسبة تقسيط الثمن:

الطريق الأوّل وهو طريق مشهور الأصحابﷺ: إنّ كلاًّ من المالين يقوّم منفرداً

---

(١) كما في محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٥٠٣.

بالقيمة السوقية ـ لا منضماً إلى غيره ـ فيؤخذ لكل واحد منهما جزءٌ من الثمن المسمى يكون نسبة ذلك الجزء إليه كنسبة قيمة كلّ منهما إلى مجموع القيمتين.

نحو: لو باع كتابين أَحَدُهُما لنفسه والآخر لغيره وقيمة كل منهما منفرداً ألْفا دِيْنارٍ ولكن قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ عشرة آلاف وباعهما بالعشرين. فَتَصِيْرُ قيمة كتاب البائع أربعة آلاف ويرجع الباقي ـأي ستة عشر الف دينار ـإلى المشتري.

وأنت ترى بأنّ البائع لم يقدم على بيع كتابه بهذا المقدار بل أقدم على بيعه في مقابل عشرة آلاف وهذا التقسيط يكون ضرراً عليه. فقاعدة لا ضرر يرتفع لزوم البيع لأجل دفع الضرر عنه فيكون له خيار الفسخ.

وتكون المحاسبة هكذا لو كانت الهَيْئَة الاجتماعية توجب تنقيص القيمة إلّا أن يكون على المشتري وله خيار تبعض الصفقة وبنفس هذا الخيار يمكن دفع ضرره.

الطريق الثاني: وهو المنسوب إلى سلطان العلماء[1]: قال ما نصه: «وإبقاء الباقي للبائع ظلم أيضاً على المشتري، وإعطاء للبائع زائداً على حقه. كما أنّ ردّ الثمن بقدر نسبة أحدهما إلى قيمتهما مجتمعين ظلم على ما ذكره الشارح المحقّق ـ يعني الشهيد الثاني ـ إلّا أنّ الثاني أظلم. فالصواب أن يقوّما مجتمعين، ويقوّم ما للبائع منفرداً، ويبقىٰ من الثمن في يد البائع بقدر نسبة قيمة ماله منفرداً إلى قيمتهما مجتمعين، وتتمة الثمن تردّ إلى المشتري، وحينئذٍ لا ظلم لأحدٍ أصلاً»[2].

مراده: أن يُقَوَّما مجتمعين بالقيمة السوقية ثمّ يقوّم ما للبائع منفرداً، فيؤخذ النسبة بينه وبين الثمن المسمىٰ وتردّ الباقي إلى المشتري.

نحو: لو كانَتْ قيمة كلّ من الكتابين منفرداً ألفين ومُجْتَمِعَيْن أربعة بحيث تكونُ قيمتهما السوقية مُجْتَمِعَيْنِ ثمانية فَتُؤْخَذُ النسبة بين الكتاب الواحد منفرداً ومجتمعين فَتَصِيْرُ النسبة الربع. ثمّ تُؤْخَذُ هذه النسبة من الثمن المسمى فلو كانت عشرين فيقابل

---

(١) مرّت ترجمته في الآراء الفقهية ٤/٥٥٤.

(٢) حاشية سلطان العلماء /٦٥، و حكاه المحقّق الخوانساري في حاشيته عن سلطان العلماء /٣٥٩، وهامش الروضة البهية ٣١٦/١ (طبعة عبدالرحيم)، هدى الطالب ٦٢١/٥.

الكتاب الواحِد ربعه فيكون خمسة.

أقول: هذا الطريق وإن كان ضرره على البائع أقل من الطريق المشهور ولكن مع ذلك البائع يكون متضرراً كما في الطريق المشهور.

وقد نَسَبَ الإشْكَوَرِيُّ[1] هذا الطريق إلى الشيخ الميرزا محمّد الأصفهاني[2] الشهير بـ«الديلماج»[3] في حواشيه على الروضة[4] ولكنّي لم أجدها.

الطريق الثالث: ما ذكره الفقيه السيّد اليزدي؛ قال: «إنّ الأولى في كيفية التقسيط أنْ يقوّم كلّ منهما منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام، لا في حال الانفراد، ثمّ يؤخذ لكلٍّ واحد جزء من الثمن نسبة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ إذ لو قوّم كل منهما منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف، مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام، والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنّف ـ فيما إذ قوّم أحدهما منفرداً باثنين، ومنضماً بأربعة، والآخر منفرداً بأربعة، ومنضماً باثنين ـ أن يكون لمالك الأوّل ثلث الثمن وللمالك الثاني ثلثاه، مع أنَّ قيمة مال الأوّل في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال، فينبغي أنْ يكون للأوّل الثلثان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر صور الاختلاف، وأما على ما ذكرنا فلا يلزم نقص في مورد من الموارد»[5].

مراده: قيمة كلّ من المالين في حال الانضمام مع غيره لا منفرداً ثمّ تُؤْخَذُ النسبة بينه وبين القيمة السوقية ـ الثمن المثل ـ ثمّ تُؤْخَذُ النسبة من الثمن المسمى، فمثلاً لو كان قيمة كلّ منهما مجتمعين خمسة الآف وتصير القيمة السوقية ـ الثمن المثل ـ عشرة آلاف وكان الثمن المسمى عشرين ألفاً فَتَصِيْرُ قيمة كلّ منهما عشرة آلاف.

---

(١) بغية الطالب ١/٤٤٦.

(٢) ذكره العلّامة الطهراني في طبقات أعلام الشيعة، القرن الحادي عشر /٥١٧.

(٣) لفظٌ تركيٌ، بالفارسية يعادل: ترجمان، مترجم، سخنگذار.

(٤) ذكرها العلّامة الطهراني في الذريعة ٦/٩٦، رقم ٥١٣.

(٥) حاشية المكاسب ٢/٣٢٨.

وبهذا البيان يُدْفَعُ الضرر عن البائع ولكن يتوجه الضرر على المشتري لأنّه اشترى كتاباً واحداً بقيمة الانضمام ولكن له خيار تبعض الصفقة وبه يمكن له أن يدفع الضرر عن نفسه.

أقول: أنت ترى بأنّ الطريقين ٱلْأَوَّلَيْنِ لايدفعان الضرر عن البائع والثالث يتوجه الضرر على المشتري، فالأصح عندي الطريق المشهور مع رفع لزوم البيع بقاعدة لا ضرر للبائع بحيث لايتضرر من هذا التقسيط، فله الخيار لفسخ بيعه في فرض ترتب الضرر عليه.

هذا كلّه في تقسيط الثمن في القيميات.

وأمّا تقسيط الثمن في المثليات

فقال الشيخ الأعظم: «أمّا المبيع المثلي: فإن كانت الحصّة مشاعة قُسّط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلٌّ من حصّتي البائع والأجنبيّ بما يخصّه، وإن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة كان الحكم كما في القيمي: من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع، فافهم»[1].

مراده‏‏: وجود صُوْرَتَيْنِ في المبيع المثلي:

الصورة الاولى: أن يكون المبيع مشتركاً بينهما بنحو الإشاعة فحينئذ يقسّط الثمن بينهما على حصتهما من النصف أو الثلث أو الخمس أو غير ذلك.

الصورة الثانية: تكون حصة كلّ واحد منهما مُعَيّنةً بمعنى تَشَخُّصِها وإفرازِها كما لو كان هناك أكياس من الحنطة مع تعيّن ما يملك كل منهما فباعها أحد المالكين بعشرة الآف دينار فردّ غير البائع بيع حصته فيجري حكم القيمي بما مرّ.

واعترض عليه المحقّق النائيني بقوله: «ولا يخفى إنّ شيئاً من الضابطين لا ينضبط على الوجه الكلّي:

أمّا الأوّل: فلانتقاضه بما إذا كان لإحدى الحصتين في حال الاجتماع قيمة أكثر

---

(١) المكاسب ٣/ ٥٢٠.

من قيمتها في حال الإنفراد كما إذا كان مَنٌّ من الحنطة في حال الاجتماع مع تسعة امنان أعلى قيمة لأجل صيرورته مرغوباً إليه في ضمن العشرة ولكنّه منفرداً لا يرغب إليه بما يرغب إليه في حال الاجتماع فتقسيط الثمن حينئذٍ على نفس المبيع ليقابل كلّ من الحصتين بما يخصه لايفيد في تعيين قيمة حصة الأجنبي كما لا يخفى.

وأمّا الثاني: فلانتقاضه بما إذا كانت الحصتان المفروزتان كلّ من صبرة واحدة فلا يكفي حينئذٍ قيمة كلّ واحدة ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين والأخذ من الثمن بتلك النسبة بل لابدّ من أن يقابل كلّ من الحصتين بما يخصه من الثمن كالمثلي فلا يكون موافقاً مع القيمي في الحكم ولعلّه إلى المناقشتين أمر بالفهم»[1].

وتبعه السيّد الخوئي وقال: «ولكنّا لم نفهم ما أراده [الشيخ الأعظم] من هذا الكلام، فإنّ ما ذكره من ملاحظة القيمتين في صورة الافراز، إن كان من جهة اختلاف الحصتين في القيمة من حيث الجودة والرداءة فهو متين إلّا أنه لا يظهر من عبارته. وإن كان من جهة اختلاف قيم الأشياء باختلاف مقدارها قلّة وكثرة فهو لايختص بفرض الافراز بل يجري في فرض الاشاعة أيضاً فإنّ كميّة من الطعام إذا بيعت بقيمة فنصف تلك الكمّية قد تباع بأقل من نصف القيمة أو أكثر حسسب اختلاف الرغبات. فالصحيح أنّ المثلي حكمه حكم القيمي مطلقاً»[2].

وتبعهما المحقّق المروج وقال في ذيل أمره بالتفهم: «ولعلّه إشارة إلى منع إطلاق ما أفاده في الصورتين:

أما الصورة الأولى: فلاختصاص كلامه بما إذا لم يكن لإحدىٰ الحصتين حال الاجتماع قيمةٌ أكثرُ من قيمتها حالَ الإنفراد، لفرض إختلاف الرغبات، فربّما كانت الرغبة في شراء تسعة أمنان من الحنطة ـ منضمةً إلى منٍّ آخر ـ أزيد من شراء التسعة مستقلةً. وربّما ينعكس الأمر، فيكون وصف الاجتماع مؤثراً في إنخفاض القيمة.

---

(١) المكاسب والبيع ٢/٣١٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٢١.

فما أفاده‌ﷺ من تقسيط الثمن على نفس المبيع لمجردّ كونه مثليّاً لا يخلو من شيء.

وأمّا الصورة الثانية: فلإنتقاض كلامه بما إذا كانت الحصّتان المفروزتان متساويتين من جميع الجهات الدخيلة في التموُّل، إذ يتعيّن حينئذٍ مقابلة كلّ حصة بما يخصّها من الثمن كالمثلي، ولا وجه لإجراء حكم القيمي عليه.

نعم، يحتمل كون مفروض كلامه إختلاف الحصتين المفروزتين بالجودة والرداءة، بأن كانت إحْداهُما حنطةً جيِّدةً، والأُخرىٰ رديئة، إذ يتعيّن إجراءُ حكم القيمي عليهما.

لكن يشكل هذا الِاحتمال بإمكانه في صورة الإشاعة أيضاً، فلا وجه لاختصاصه بالصورة الثانية»[1].

أقول: والتحقيق جريان حكم القيمي في المِثْلِيّاتِ أيضاً كما صَـرَّحَ بـه السـيّدُ الخوئي‌رحمه‌الله.[2]

هذا تمام الكلام في المسألة الرابعة، والحمدُ للّٰهِ ٱلَّذِيْ بِنِعْمَتِه تَتُمُّ ٱلْصّالِحات.

---

(١) هدى الطالب ٦٢٥/٥.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ١٢٢/٢.

المسألة الخامسة: لو باع من له نصف الدار، النصف

قال الشيخ الأعظم: «لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار، فَإنْ علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلّا فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلّا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حمله على نصفه المملوك له، وحمله على النصف المشاع بينه وبين الأجنبيّ».[1]

أقول: من المعلوم أنّ مقدار النصف والدار في كلامه ورد من باب المثال وإلّا لا فرق بين النصف وسائر الكسور كما لا فرق بين الدار وغيرها من الأموال غير المنقولات والمنقولات. ثمّ إنّ هاهنا ثلاث صور:

الصورة الأُولىٰ: باع النصف المفروز من حصته المملوكة فيدخل بيعه في بيع ما يَمْلِك.

الصورة الثانية: باع النصف الآخر المفروز من حصة شريكه فيدخل بيعه في بيع الفضولي.

الصورة الثّالِثَة: لم يحرز قصد البائع تفصيلاً أنّه باع حصته خاصة أو حصة شريكه أو باع النصف على نحو الإشاعة بحيث باع ربع ماله مع ربع مال شريكه وبناءً على الاحتمال الأخير فيدخل بيعه في بيع ما يَمْلِك وما لا يَمْلِك.

وبعبارة أُخرى: «تارة يظهر بالقرائن الداخلية أنّ المراد بالنصف هو نصفه المختصّ به أو نصف الغير أو النصف من نصفه والنصف من نصف الآخر وهكذا، وهذا ممّا لا كلام لنا فيه.

وأُخرى: يريد البائع مفهوم نصف الدار عرفاً من دون قصد شيء من خصوص نصفه أو نصف الآخر، فهل يؤخذ بظاهر هذا الكلام ويكون حجّة على تعيين المبيع واقعاً

---

(١) المكاسب ٣/ ٥٢١.

من النصف المملوك أو المملوك للغير وهكذا، ولا ينبغي الإشكال في أنّ الظهور في مقام الإثبات حجّة على تعيين المراد في مقام الثبوت، وحينئذ فيقع الكلام في أنّ نصف الدار ظاهر في أيّ نصف من النصفين؟

و**ثالثة**: نعلم أنه أراد واحداً من النصفين بخصوصه أو النصف من كلٍّ نصف إلّا أنه لا قرينة على تعيين أحد هذه الاحتمالات فلا يُعرف مراده الواقعي، وفي هذه الصورة أيضاً يؤخذ بظاهر النصف، لأنّ الظهور في مقام الإثبات حجّة على تعيين المراد الواقعي، وهذا القسم أيضاً داخل في محل الكلام فلا وجه لحصره بالصورة الثانية كما في كلام شيخنا الأنصاري[1] «ﷺ»[2].

ولكن ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّه تارة يُعلم مراد البائع من النصف تفصيلاً من أنّه أراد نصفه أو نصف غيره أو النصف المشاع فيعمل به، وإن لم يُعلم التفصيل من النصف ففيه احتمالان:

الأوّل: حمل النصف على نصف البائع المملوك له وهو الصورة الأولى في مقالنا.

الثاني: حمله على النصف المشاع بينه وبين غيره. وهو الاحتمال الثالث في الصورة الثالثة في مقالنا.

وَمَنْشَأُ الاحتمال الأوّل عند الشيخ الأعظم[3] أمران:

١ـ الظهور المقامي لكلمة النصف في ما يختص بالبائع لا المختص بالشريك ولا المشاع بينهما وذلك لاقتضاء مقام التصرف المعاملي كون المتصرِّف سلطاناً على ما يتصرف فيه بالملكية ولأنّ السيرة العقلائية تدلّ على إعتبار ملكية في البائع. فبهذه القرينة انصرف اطلاق لفظ «النصف» إلى النصف المختص بالبائع.

٢ـ الإنشاء هو إيجاد المُنْشَأ في عالم الاعتبار بالقول أو الفعل. وظهور إسناد الإنشاء إلى البائع هو إضافة البيع إلى نفسه ووقوعه في ماله المختص. لا مال غيره ولا

---

(١) المكاسب ٣/٥٢١.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ١٢٢/٢.

(٣) المكاسب ٣/٥٢١.

المال المشاع بينه وبين غيره لأنّ الأخيرين يحتاجان إلى مؤونة زائدة على قصد الإنشاء وهي إمّا قصد وقوع البيع للغير -إذا وقع فضولياً عن الغير -أو قصد وقوعه لنفسه إذا وقع فرض مال الغير مال نفسه كما في البيع الغاصب أو الصورة الثالثة من صور بيع الفضولي وهي أن يبيع مال الغير لنفسه.

وأمّا منشأ الاحتمال الثاني عند الشيخ الأعظم(١): ظهور كلمة النصف في الحصة المشاعة من مجموع النصفين أي ربع مال البائع وربع مال شريكه.

فحيث يجرى الاحتمالان فيصير لفظ النصف مجملاً في جهة تعارض ظهوره في المشاع مع ظهور التصرف والانشاء في نصيبه المختص به ولا ترجيح لأحد الاحتمالين فتعيين مقصود البائع من النصف مشكل.(٢)

اعتراض الشيخ الأعظم على فخرالمحقّقين

قال والده العلّامة في القواعد: «ولو باع مالك النصف النصف انصرف إلى نصيبه ويحتمل الإشاعة فيقف في نصف نصيب الآخر على الإجازة»(٣).

وقال في نهايته: «ولو كان مالكاً لنصف العين، فباع النصف مطلقاً انصرف إلى نصيبه صرفاً للعقد إلى الصحة. ويحتمل الإشاعة كالإقرار ولأنّه حقيقة اللفظ، فيقف في نصف نصيب الآخر على الإجازة...»(٤).

وقال ولده الفخر في ذيل كلامه والده في القواعد: «لأنّ الأصل في البيع اللزوم ولهذا يحكم به عند الإطلاق وعدم العلم بالموانع، وإنّما يختلف عنه لعارض معروف ولم يوجد، ولأنّه لو قال: بعتُك غانماً وهو اسم مشترك بين عبده وعبد غيره حُمل على عبده إجماعاً فكذا في المُتَواطِيء وهو الأقوى عندي. ووجه الإشاعة: أنّ المبيع صالح لملكه وملك غيره ولهذا يقبل التقييد لكلٍّ منهما ولفظ النصف إذا أُطلق يُحمل على الإشاعة، ولم

---

(١) المكاسب ٥٢١/٣.

(٢) هدى الطالب ١٢/٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢٠/٢.

(٤) نهاية الإحكام ٤٧٩/٢.

يجعل الشارع صحة التصرف قرينة في المجازات والمشتركات...»[١].

وٱعترض عليه الشيخ الأعظم[٢] بأنّ قياس بيع النصف عَلىٰ بيع غانم في مثاله مع الفارق إذ المعارض في مثال الفخر مفقود ولكن في بيع النصف المعارض موجود وهو ظهور لفظ «النصف» على الإشاعة وهو النصف المشاع.

بتوضيح منّا: إنّ اشتراك لفظ غانِم بين عبد البائع وعبد غيره يوجب إجمال لفظ غانم ابتداءً ولٰكِنْ في المقام إطلاقان يرفعان هذا الإجمال وهما: ظهور التصرف في ملكية المتصرَّف فيه للمتصرِّف وظهور الإنشاء في إنشاء البيع لنفس البائع لا لغيره وليس في البين معارض.

ولكن في بيع النصف يوجد معارض لهذين الإطلاقَيْنِ وهو ظهور لفظ النصف في الإشاعة وليس لفظ النصف مجملاً بين النصف المشاع والحصة المختصة بالبائع، كما مرّ فقياس الفخر يكون مع الفارق.

ويمكن أن يُدافَعَ عن فخرالمحقّقين: أوّلاً: ليس للفظ النصف ظُهُوْرٌ في الإشاعة بمعنى المُشاع بين الحصتين وإنّما هو ظاهر في المُشاع في مقابل النصف المعيّن، كما قيل[٣]، وعليه يكون مثل بيع غانم في مثال الفخر مجملاً ويرفع الإجمال بقرينتي مقام التصرف وظهور الانشاء.

وثانِياً: لو فُرِض ظهور لفظ النصف في الإشاعة بمعنى المُشاع بين الحُصَّتَيْنِ، كما يمكن رفع إجمال لفظ النصف بالقرينتين كذلك يمكن نفي هذا الظهور بهما واختصاص لفظ النصف بحصة البائع نفسه.

فقياس الفخر تام ولا يردّ عليه.

محاولة المحقّق النائيني لحلِّ إجمال الشيخ الأعظم

قال: «ومما ذكرناه من تحقيق المقام تظهر المناقشة فيما أفاده المصنف [الشيخ

---

(١) إيضاح الفوائد ٤٢١/١.

(٢) المكاسب ٥٢٢/٣.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ١٢٥/٢، وَسَتَأْتي المناقشة فيه في نقد محاولة السيّد الخوئي فانتظر.

الأعظم] في الكتاب من وجوه:

منها: قوله: «إنّ المعارض لظهور النصف في المُشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصالة»، ووجه المناقشة فيه: هو ما عرفت من أنّه ليس للفظ النصف ظهور في المُشاع أو انصراف إليه حتّى يعارض مع ظهور شيء آخر في النصف المختص بل حمله على الإشاعة فيما يحمل عليه ناش عن عدم المعين ومع وجود معين في البين أي معين كان ينعدم وجه الحمل على الاشاعة وعلى هذا فلا ينتهى الأمر إلى معارضته بشيء أصلاً.

ومنها: الترديد في معارضه بين انصراف اللفظ إلى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصالة حيث قد عرفت أنّ منشأ الحمل على النصف المختص بالبائع هو انتفاء الأمرين المتقدمين وانصراف اللفظ في مقام التصرف إلى مال البائع لا ظـهور التميك في الأصالة.

ومنها: إنّه لا معنى محصل لظهور التمليك في الأصالة كما لا يخفى.

ومنها: قوله: بأن ظهور النصف في المُشاع ظهور المقيد وهـو وارد عـلى ظـهور المطلق» إذ قد عرفت انتفاء الظهور في النصف المُشاع حتّى يكون ظهوراً في المقيد مع أنّه على تقدير الظهور أيضاً لا يكون ظهور المتعلّق من باب ظهور المقيّد لعدم تعيّن المطلق للقرينية بل لابدّ من تقديم أقوى الظهورين لو كان وإلّا فالحكم هو الإجمال.

وقد تحصل مما ذكرناه أنّ الحمل على الإشاعة بين الحصتين إنّما هو فيما إذا لم يكن معيِّن في البين موجب لتعيّن إرادة إحدى الحصتين وإلّا فالمتعين هو الحمل على ما قام عليه المعيِّن، ففي بيع نصف الدار الموجب لتعيّن حصة البائع نفسه موجود وهو صدور البيع عنه مع صلاحية حصة نفسه لأنْ يكون مبيعاً نظير بيع الكلّي في الذمة فإنّه لا يحتاج إلى اسناده إلى ذمّته بل عدم اسناده إلى ذمة غيره كاف في اسناده إلى نفسه، وكذا المقام فانّ صلاحية حصة نفسه لأن يكون مبيعاً مع عدم اسناده إلى غيره كاف في صحة اسناده إليه فالمعيِّن في المقام هو ظهور الفعل والفاعل والمتعلّق جميعاً في كون المبيع حصة نفسه الحاكم على ظهور النصف في نفسه في الحصة المشاعة بين الشريكين.

وهذا بخلاف ما لو باع الأجنبي فضولياً نصف الدار التي هي مشتركة بين إثنين فإنّه لا معيِّن لصرف المبيع حينئذٍ إلى حصة أحدهما معيناً فيكون المبيع نصف الدار منهما مشاعاً ومن كلٍّ منهما نصف نصيبه وهو الربع من الدار»[1].

نقد محاولة المحقّق النائيني

يرد عليه أوّلاً: لم يكن بين الظهورات ظُهُوْرٌ يسمّى بالظهور الحاصل من عدم المعيِّن، لأنّ الظهورات الواردة في الإنشاءات إمّا وضعي أو انصرافي أو إطلاقي، وليس هُناكَ قِسْمٌ رابِعٌ، فلابدّ أن يدخل هذا الظهورُ اَلِادِّعائِيُّ في أحد الظهورات المتقدمة، فلا محالة يدخل في الظهور الإطلاقي.

وثانياً: لا معنى للظهور التعليقي في مقابل الظهور التنجيزي، لأنّ الظهور إمّا موجود وإمّا مفقود، فليس في اَلْبَيْن ظُهُوْرٌ تَعلِيْقيٌ كما اَدَّعاه. عَطَّرَ اللّهُ مَثْواه.

وثالثاً: ثمّ على فرض تقييد أحد الظهورين على الآخر، ظهور التصرف في مال المتصرِّف يكون اطلاقاً فعلياً وظهور النصف في النصف المشاع يكون اطلاقاً لفظياً، فلابدّ من تخصيص الاطلاق الفعلي بالاطلاق اللفظي لأنّ الفعل ليس له اللسان، لا عكسه الذي فعله المحقّق النائيني.

مُحاولة المحقّق الإيرواني لحلِّ إجمال الشيخ الأعظم

قال: «وبالجملة: لاريب في ظهور الكسر من النصف والثلث والربع في الكسر المشاع في ما أضيف إليه ذلك الكسر، فإذا وقع في حيّز البيع أو غيره من النواقل وكان ما أضيف إليه كلاًّ ملكاً للبائع انتقل منه مقدار ذلك الكسر مشاعاً بمعنى أنّه يزول علقته من الجميع إلى ما عدا ذلك الكسر ويشاركه المشتري في العين شركةً إشاعيّةً بمقدار ذلك الكسر.

أمّا لو كان مالكاً مقداراً ممّا أضيف إليه ذلك الكسر يوازي ذلك الكسر أو ينقص فلا تخلو الحال إمّا أن يعلم أنّه أراد نقل علقته أو نقل علقة الغير أو نقل مقدار من علقته

(١) المكاسب والبيع ٢/٣١٧ و ٣١٨.

ومقدار من علقة الغير فلا إشكال في اتّباع قصده، أو لا يعلم ذلك سواء علم أنّه لم يزد في القصد على قصد مفهوم ما أطلقه من اللفظ أم علم أنّه أراد مضافاً إلى ذلك نقل علقةً خاصّة لم يعلم أنّه علقته أو علقة شريكه أو بالتبعيض أو جهل ولم يعلم تحقّق القصد على ما يزيد على مفهوم اللفظ وعدم تحقّقه، والحكم في الجميع واحد وهو الحكم بانتقال علقة البائع إلى المشتري وقيام المشتري مقامه في الشركة الإشاعيّة مع الشريك.

وذلك أنّه إذا باع وهو مالك توجّه إليه خطاب ﴿أَوْفُوا﴾ وانتزع منه الوضع ووجب عليه الخروج عن العهدة؛ لأنّ العقد عقده بالإضافة الأوّليّة، وإنّما يصير عقداً للغير بالقصد إلى نقل مال الغير وإزالة علقته والفرض أن ليس مثل هذا القصد متحقّقاً أو لا يعلم به.

فأمّا في ما ليس هذا القصد متحقّقاً فلا إشكال، وأمّا في ما لم يعلم واحتمل تحقّق هذا القصد فلأنّ منصرف اللفظ وظاهره أنّه مقصود لنفسه وقصد به إزالة علقته وملكه، ولذا ادّعىٰ فخرالدين في بيع الغانم المشترك بين عبده وعبد غيره الإجماع على حمله على عبد نفسه.

ومن ذلك ظهر ما ينبغي أن يجعل مَطْرَحاً للبحث في المقام وأنّ النصف هو النصف المُشاع في جميع الصور، ونصفه المملوك ليس شيئاً ممتازاً وراء النصف المشاع في مجموع الدار، وأمّا النصف المشاع بينه وبين ما يستحقّه شريكه فممّا لم نتصوّر حتّى نتصوّره حتّى نحمل عليه لفظه أو لا نحمل.

وأمّا احتمال إرادة النصف الكلّي في المعيّن المختلف في الأثر مع الأوّل فذلك ممّا لا يضرّ في ما هو المبحوث عنه فعلاً؛ فإنّ العقد محكوم بأنّه عقده والخطاب خطابه إلى أن يتحقّق كون العقد عقد شريكه بتحقّق قصده إلى نقل مال شريكه فيكون بيع الكلّيّ الّذي يملك هو فرداً منه وبيع الكسر المشاع في حكم واحد، وعلى كلِّ حالٍ يجب دفع ما ملكه وفاءً عن العقد»[١].

نقد محاولة المحقّق الإيرواني

ويرد عليه: اثبات الموضوع المتقدم ذاتاً بالحكم المتأخر رتبة محالٌ، وهذه الاستحالة من ملازمات كلامه، لأنّ متعلّق خطاب **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**[1] ليس مطلق العقد، بل العقد المضاف إلى البائع وتعيين عقد البائع المتقدّم ذاتاً وزماناً ورتبةً لأنّه موضوع، بما هو متأخر عنه رتبةً وزماناً وهو حكم وجوب الوفاء مستحيل، فلا يعقل أن يدلّ ويعيّن **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** متعلّق البيع الصادر قبل توجّه هذا الخطاب إليه ويبيّن بأنّه ـ متعلّق البيع ـ هو النصف المختص، فلا يتم ما ذكره.

محاولة المحقّق السيّد الخوئي

قال: «وتوضيح ذلك أنّ لفظ النصف لم يوضع في اللغة للنصف المُشاع بل لمطلق النصف من الشيء ولا أنّه منصرف إلى النصف المشاع عند إطلاقه وعليه فلا وجه لدعوى اختصاصه بالنصف المشاع فيكون الغرض منه في المقام هو الكلّي.

وتوهم انّ البائع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما في حاشية السيّد[2].

فاسد فإنّ النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملك كلّي يحتمل أن يكون النصف الذي يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع والشريك وحينئذ فيكون ظهور كلامه في كون المراد من النصف نصف نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الإجمال بواسطه ظهور الكلام في بيع نصفه المختص.

وذلك فإنّه وإن صح بيع مال الغير فضولة ولكن مُقْتَضىَ كونه مال الغير يمنع عن شمول **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** للبائع وانّما يشمل المالك المجيزَ حين إجازته وفي المقام بعد منع كون النصف ظاهراً في النصف المشاع لا وضعاً ولا انصرافاً لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف

---

(١) سورة المائدة /١.

(٢) حاشية المكاسب ٣٣٠/٢، للفقيه اليزدي.

المختص كما أنّ الامر كذلك في بيع غانم المشترك بين عبده وعبد الغير فكما أنّه، لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكذلك في المقام لكون النصف هنا أيضاً مشتركاً بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكأنّ ظهور البيع في بيع غانم في بيع نفسه يرفع الإجمال فكذلك في المقام بلا زيادة ونقيصة، فكما أنّ البائع في بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد وهكذا هنا أيضاً فافهم.

وعلى هذا فيصح ما ذهب إليه المشهور من كون الكلام ظاهراً في النصف المختص دون المشاع أو حصة الشريك»[١].

نقد محاولة السيّد الخوئي

يرد عليه ما أُوردتُهُ على المحققَيْن النائيني والإيرواني لأنّ محاولته مأخوذة من محاولتهما، مضافاً إلى ورود نقضين عليه وهما:

الأوّل: إنّه‌ اعترف في «مسألة الإقرار بأنّ نصف الدار لزيد مع كونها مشتركة بالإشاعة بين المقرّ وشخص آخر حيث أنّ الإقرار إخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير إخباراً عن واقع نصف الدار ـ لا في نصفه المختص ـ فهو مشترك بين المقرّ وشريكه الآخر...»[٢].

فاعترف‌ بأنّ ظهور لفظ النصف يكون في الكسر المُشاع، وأمّا الفرق بين هذا الظهور في الإخبار والانشاء ـ كما فَرّقَ بينهما السيّد الخوئي‌ ـ غير تام، لأنّ متعلّق الانشاء ليس مفهوم لفظ النصف الذي يعدّه أمراً كليّاً، بل متعلَّق الإنشاء أيضاً حقيقة نصف الدار مثلاً وواقعه الخارجي لا مفهومه، لأنّ المعاملات لا تَتَعَلَّقُ بالمفاهيم بل بالمصاديق والحقائق والواقعيات الخارجية. فلا فرق بين الإقرار والإنشاء في هذا المجال، فيكون الِاعْترافُ بظهور بالنصف في الإشاعة، نقضاً عليه في المقام.

الثاني: اعترف هو‌ والمشهور في مسألة الخمس بقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا

---

(١) مصباح الفقاهة ٤/٤٠٧ و ٤٠٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٤/٤٠٧.

غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾[١] على أنّ الخمس يتعلّق بالأموال على نحو الإشاعة في العينية والشركة فيها. والوجه فيه ظهور كلمة الخمس في الآية الشريفة على الإشاعة والكسور كلّها على نهج واحد ومنها النصف فيكون ظاهراً في الإشاعة.

قال في تقرير خمسه: «... وأمّا في باب الخمس فالأدلة بين ما هو ظاهر في الإشاعة والشركة الحقيقيّة وبين ما لاينافي ذلك، فمثل قوله تعالى: **﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾** ظاهر في أنّ المتعلَّق خمس المغنم نفسه على نحوٍ يكون الخمس المشاع للمستحقّ والأربعة أخماس الباقية للمالك نظير قولك: بعتُ أو وهبتُ خمس الدار الذي هو ظاهر في الكسر المشاع بلا إشكال.

وهكذا قولهﷺ في موثقة سماعة: «ما أفاد الناس من قليل أو كثير ففيه الخمس»[٢] فإن الكسر المشاع جزءٌ من المركب المشتمل عليه...»[٣].

ولذا ذهب تلميذه الأُستاذ المحقّق[٤] ـ مدظله ـ إلى عدم إمكان الجمع بين عدم ظهور لفظ «النصف» في الإشاعة مع ما أفتى به في مسألة الخمس من أنّه يتعلّق بالأموال على الإشاعة.

مضافاً إلى أنّه لو تمّ ما ذكره هنا في المقام يلزم منه اتحاد كيفية تعلّق الزكاة بالأموال مع كيفية تعلّق الخمس بها مع أنّهﷺ يفصل بينهما ويلتزم بأنّ كيفية تعلّق الزكاة بالأموال تكون على نحو الكلّي في المعيّن أو الشركة في المالية[٥]، لا على نحو الإشاعة في العينية والشركة فيها.

وبهذين النقضين لابد لهﷺ أن يلتزم بظهور كلمة النصف في الإشاعة في المقام فيتعارض مع ظهور التصرف ويعود اجمال الانشاء. والحمد لله.

---

(١) سورة الأنفال /٤١.

(٢) وسائل الشيعة ٥٠٣/٩، ح٦، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

(٣) المستند في شرح العروة الوثقى ٢٩٣/٢٥ من طبع موسوعة الإمام الخوئيﷺ.

(٤) العقد النضيد ١٢٨/٤.

(٥) المستند في شرح العروة الوثقى ٢٩٣/٢٥ من طبع موسوعة الإمام الخوئيﷺ.

المسألة في منظور الفقيه السيّد اليزدي

قال: «لا بأس بالاشارة إلى ما يقتضيه التحقيق عندي على وجه الإجمال:
اعلم أنَّ التكلّم في هذه المسألة في مقامين:

أحدهما: فيما إذا عُلِم كون مراد البائع من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص أو المُشاع في الحصتين، ولم يعلم التعيين، فيكون الغرض تشخيص مراده.

الثاني: فيما إذا علم أنَّه لم يقصد إلّا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو من الحصتين، بأنْ علم عدم إلتفاته إلى شيء وراء مفهوم اللفظ.

والظاهر أنَّ محل كلام من تعرّض للمسألة من الفقهاء المقام الأوّل، لكن المصنّف [الشيخ الأعظم] وصاحب الجواهر حملا محل كلامهم على المقام الثاني، وهو بعيد في الغاية؛ إذ عليه لا يبقى محل للتمسك بظهور المقام أو غيره في مقابل ظهور النصف في الإشاعة؛ إذ الرجوع إلى الظهورات إنَّما هو لتشخيص المرادات، والمفروض أنَّ المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه أو ملك غيره، وإنّما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلّا الاشاعة.

ودعوى: أنَّ بناءهم على العمل بالظهورات النوعية ولو مع العلم بعدم ٱلتفات المتكلِّم إلى الخصوصيات كما يظهر من مراجعة كلماتهم في باب الوقف والوصية والحلف والنذر ونحوها؛ حيث إنَّهم يقولون إنَّ الظاهر من اللفظ الفلاني كذا وكذا، أو ينَصرف إلى كذا أو لا، فتراهم يقولون لو حلف أنْ لا يدخل الدار هل ينصرف إلى كذا أو لا، مع أنَّ ٱلْمَفْرُوْضَ أنَّ المتكلِّم لم يتوجه ذهنه إليه أبداً.[1]

مدفوعة: بأنَّ المفروض في تلك الفروع القصد إلى مفهوم اللفظ، فيكون قصداً إجمالياً إلى جميع ما يندرج فيه من الخصوصيات، وهذا بخلاف المقام فانَّ المفروض أنّه لم يقصد خصوصية ملكه أو الحصة المشاعة في الملكين، فكيف يمكن الحمل على الأوّل مع عدم قصده؟! ومن المعلوم أنَّ مقتضى التعليق على مفهوم النصف ـ من غير

---

(١) كذا جاء في كلامه. وَهٰذا مَوْضِعُ (قَطّ) لا مَوْضِعُ (أَبداً) والمقامُ لا يسع البسط.

لحاظ الخصوصية ـ الإشاعة.

وأما دعوى: وجوب العمل بهذا الظهور تعبداً من جهة أنّه أوجد العقد، فيجب عليه العمل به؛ لعموم وجوب الوفاء.

ففيه: ما سيأتي من أنّه إنّما يجب الوفاء على من له العقد، لا على مَنْ عقد، ومن له العقد في الفرض هو وشريكه بعد عدم قصد الخصوصية.

وكيف كان فأمّا المقام الأوّل: فانْ كان مع فرض عدم معلومية تـوارد الإيـجاب والقبول على شيء واحد، بأنْ لم يعلم كون قصد المشتري موافقاً لقصد البائع فـالظاهر البطلان، فإذا قال «بعتك نصف الدار» ولم يعلم المشتري أنَّ قصده خـصوص نـصفه أو نصف الدار على سبيل الإشاعة بين الحصَّتَيْنِ، فلا يرد قبوله على ما ورد عليه الإيجاب.

وبعبارة أخرى: لابدَّ من تعيين أحد الأمرين قبل البيع، ومع عدمه يبطل لمكـان عدم التعيين عندهما.

إلّا أنَّ يقال: إذا فرض معلومية كون قصد المشتري إلى خصوص حـصة البـائع، والمفروض أنَّ ظهور المقام يقتضي كون مراد البائع أيضاً ذلك فيكونان واردين على محل واحد، وكان الشك في تعيين ذلك بأنْ اختلفا فيه بعد اتِّفَاقِهما على كون الصادر منهما هو البيع الصحيح فهنا يصح الرجوع إلى الظهورات في تشخيص ما وقع عليه العقد بحسب إرادتهما.

والظاهر أنَّ محل كلام من تعرّض للمسألة هو ذلك حسبما عـرفت، والمـعروف بينهم ترجيح ظهور المقام في حصته المختصة على ظهور النصف في الاشاعة، بل فـي الجواهر أنّه صرّح به جميع من تعرّض لذلك، قال: «بل عن غـصب جـامع المـقاصد[١] والمسالك[٢] إرسال المسلمات، بل عن الثاني منهما نسبته إلى الأصحاب، ولا ينافي ذلك احتمال الإشاعة في النصيبين في جملة من الكتب، ضرورة عدم منافاة للظاهر»[٣] انتهى.

---

(١) جامع المقاصد ٣٤١/٦.

(٢) مسالك الافهام ٢٥٢/١٢.

(٣) جواهر الكلام ٣١٦/٢٢.

وهو﵀ وإنْ جعل ـ كما عرفت ـ محل كلامهم في المقام الثاني، لكنّك عرفت ما فيه، بل ينبغي القطع بأنَّ مرادهم هذا المقام، أعني ما علم كون مقصدهما شيئاً مخصوصاً ولم يعلم التعيين.

وعلى أيٍّ حالٍ فالتحقيق: هو ترجيح ظهور مقام البيع في إرادته حصته المختصة في مقابل الإشاعة بينه وبين الأجنبي، وكذا إذا كان وكيلاً أو ولياً في النصف الآخر أيضاً فانَّه يحمل على خصوص ماله، لا المشاع بينه وبين الموكل، وكذا إذا لم يكن مالكاً أصلاً، وإنَّما كان وكيلاً أو وليّاً في النصف، فإنّه يحمل على هذه الحصة، لا المشاع بين الشريكين، وذلك لأقوائية هذا الظهور من النصف في الإشاعة.

بل التحقيق: أنّه لامنافاة بينهما أصلاً، لأنّ الأوّل حكم على الثاني، لأنّ ظهور النصف في الإشاعة يقتضي الإشاعة في الحصتين مع عدم ظهور يقتضي الاختصاص في ظهور العام مقتضٍ له، فالإشاعة في الإشاعة من جهة الإطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه كما في سائر المُطْلَقات إذا كان هنا قرينة على انصرافها إلى بعض الافراد.

ودعوى: أنَّ مرجع الشك إلى أنَّه هل قصد الخصوصية أم لا، والأصل عدمه.

مدفوعة: بأنَّ الظهور المفروض رافع للشك، فمعه لا وجه للرجوع إلى الأصل»[١].

إلى أن قال: «أما المقام الثاني: فالحقّ فيه هو الحكم بالإشاعة؛ وذلك لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف في الإشاعة؛ لأنَّ المفروض هو العلم بأنَّه لم يقصد إلّا مفهوم النصف، وأنَّه لم يلتفت إلى كونه من ماله المختص أو المشترك بينه وبين غيره، والظهورات إنّما يرجع إليها لتعيين المراد الواقعي المجهول لدينا، ومع العلم بعدم كون مراده نصفه المختص لا ظهور يرجع إليه ويكون معارضاً.

ألا ترى أنَّه لا إشكال في عدم الحمل على خصوص حصته فيما لو باع نصف الدار

---

(١) حاشية المكاسب ٢/(٣٣٠-٣٣٢).

مع اعتقاد [عدم][١] كونه مالكاً أصلاً فبان كونه مالكاً له، ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين المقام؛ إذ لايتفاوت الحال في عدم الظهور بين أنْ يكون جاهلاً بكونه مالكاً، وبين ما لو كان عالماً وفرض عدم التفاته إلى ماله ومال غيره، بأنْ يكون قصده مجرد تمليك نصف الدار من حيث إنّه دار معين، وهذا واضح جداً، هذا.

وأما الحمل على حصته المختصة تعبداً من حيث إنَّه ملّك كلياً ملك مصداقه، كما لو باع كلياً سلفاً حسبما بيّنه المصنّف [الشيخ الأعظم] ﷺ أخيراً.

ففيه: ما سيأتي من منع كونه كلياً أوّلاً، ومنع كون مقتضاه ذلك ثانياً، فانَّ أمر الكلي بيده، فله أنَّ يعينه في فرد آخر غير حصته المختصة، غايته أنَّه يجب عليه إرضاء مالك النصف الآخر وإجازته، مع أنَّ المدّعى تعيّنه في حصته من أوّل الأمر، مع أنَّ وجوب الوفاء كما عرفت إنَّما هو بالنسبة إلى مَنْ له العقد، لا على مَنْ عقد؛ ولذا لا يجب على الفضولي ارضاء المالك.

فظهر مما بيّنا أن المتعين هو الإشاعة، فانَّ تعليق البيع على النصف المضاف إلى الدار التي هي عين خارجية يقتضي تعلقه بكلِّ جزء على سبيل الإشاعة، من غير نظر إلى أنَّه مال هذا أو ذاك، وليس له مالك، ولازم هذا اشاعته في الحصتين كما في الإقرار من غير تفاوت، هذا»[٢].

نقد المقام الأوّل من منظور الفقيه اليزدي

أمّا نقد مقامه الأوّل: فيشتمل على دَلِيْلَيْنِ:

الأوّل: ما قاله: «... والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام في حصته المختصة على ظهور النصف في الإشاعة...»[٣].

والثاني: قوله: «بل التحقيق... ـ إلى قوله ـ بعض الأفراد»[٤].

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٣٣٤.

(٣) حاشية المكاسب ٢/٣٣١.

(٤) حاشية المكاسب ٢/٣٣٢.

«**أمّا الدليل الأوّل فيرد عليه أوّلاً**: بأنّنا لم نجد في كلامه ما يمكن عدّه مستنداً لترجيح أحد الظهورين على الآخر، وعليه فكلامه مجرّد دعوى بلا دليل، إلّا أن نعتمد على ما التزم به السيّد﴿ في مواضع أُخرى من أنّ الترجيح باعتبار الظهور المقامي.

وثانياً: لو سلّمنا الوجه المذكور، فإنّ ظهور النصف في الإشاعة لا يخلو إمّا أنّه ظهور وضعي أو انصرافي، وفي كلّ الأحوال يندرج في الظهورات اللّفظيّة، ويقابله ظهور التصرّف، حيث يعدّ ظهوره ظهوراً مقاميّاً، ومع لفظيّة الأوّل ومقاميّة الثاني فإنّه لا وجه لتقديم الأخير على الأوّل، بل إمّا الأوّل أقوى منه أو أنّهما يتساويان على أقلّ تقدير، وفي كلّ الأحوال فإنّ دعوى ترجيح ظهور المقام في الحصّة المختصّة على الإشاعة ممنوعة.

أمّا الدليل الثاني: فالبحث فيه عن جهتين الكبرى والصغرى:

الأُولى: في البحث عمّا يعدّ ملاكاً لتقديم المقيّد على المطلق.

الثانية: في البحث عن أنّ المقام هل يعدّ من صغريات الإطلاق والتقييد وعدمه.

أمّا كبرويّاً: فإنّ لزوم تقديم المقيّد على المطلق، يعدّ من القواعد الثابتة في باب الإطلاق والتقييد اللّفظيّين، ومن المعلوم أنّ المقيّد اللّفظي قد يكون متّصلاً بالمطلق فيمنع عن ظهور الإطلاق رأساً، وقد يكون منفصلاً فيمنع عن انعقاد حجّيته للمطلق والإطلاق، وملاك المانعيّة في فرض الانفصال والاتّصال منحصر في أحد أمرين:

الأمر الأوّل: إنّ دلالة كلّ واحدٍ منهما على متعلّقه لا يخلو:

إمّا أنّ دلالة المقيّد على الحصّة تكون بالنصّ، ودلالة الإطلاق على المطلق تكون بالظهور، ولا شكّ في أنّ كلّ نصّ مقدّم على الظاهر.

أو تكون بالأظهريّة والظاهريّة، بمعنى أنّ نسبة المقيّد إلى الإطلاق تكون أظهر من نسبة المطلق إليه، ولا شكّ أنّ الأظهر مقدّم على الظاهر.

الأمر الثاني: أنّ القاعدة عند الاستدلال بالدليل تَقْتَضِيْ التمسّك بأصالة الظهور فيه، وفيما نحن فيه فإنّ جَرَيانها تقتضي حكومة أصالة الظهور في المقيّد على أصالة الظهور في المطلق، لأنّ جريان أصالة الظهور في المطلق تعليقيّ منذ البداية، حيث يتوقّف دلالة المطلق على متعلّقه بعدم قيام القرينة المانعة عنها، وهذا بخلاف جريان أصالة

الظهور في المقيّد، فإنّه غير معلّق بشيء بل فعلي تنجيزي.

أمّا صغرويّاً: فإنّ دعوى كون المقام من صغريات القاعدة المذكورة ممنوعة، فضلاً عن أنّ قياس المقام بباب المطلق والمقيّد قياس مع الفارق، وبالتالي فالملاكان المذكوران فيالكبرى غير جاريان في المقام.

أمّا الملاك الأوّل: فَلِأَنَّ القاعدة المذكورة جاريةٌ في الإنشاءات اللفظيّة، وما نحن فيه مركّبٌ من اللّفظ والفعل، فكلمة «النصف» لفظ يدلّ على النِّصْفِ المُشاعِ بالدلالة الإطلاقيّة الوضعيّة، ـ كما اعترف به السيّد ـ أمّا فعل التصرّف فإنّ ظهوره في الاختصاص بالحصّة المملوكة للمتصرّف ليس بوضعي، وبالتالي لاتكون النسبة بينهما نسبة تقتضي إعمال القواعد المذكورة في الكبرى من تقديم النصّ على الظاهر أو الأظهر على الظاهر.

أمّا الملاك الثاني: وهو تقديم أحدهما على الآخر بملاك التعليق والتنجيز، فهو أيضاً ممنوع في المقام، لكونه مفقوداً فيهما، فكما أنّ ظهور النصف في الإشاعة معلّق منذ البداية على عدم قيام قرينة دالّة على عدم الإشاعة، كذلك ظهور التصّرف الفعلي في الحصّة المملوكة معلّق منذ البداية على عدم قيام قرينة دالّة على الإشاعة. وبالتالي فهما متساويان من هذه الجهة، وليس في أحدهما ما يميّزه عن الآخر.

وبعبارة أُخرى: إنّ النسبة الحاصلة فيما نحن فيه ليس إلّا التزاحم بين ظهور الفعل وظهور متعلّقه، وأمّا في باب المطلق والمقيّد فإنّ بينهما تَزاحُماً في ظهورهما، وليس هناك جامع بين البابين يقتضي قياس أحدهما بالآخر، ومن ثمّ تطبيق القواعد المعمولة في أحدهما على الآخر، بل يجب أن نلاحظ ظهور الفعل أو المتعلّق وقوّة أحدهما لكي يقدّم على الآخر»[1].

نقد المقام الثاني من منظور الفقيه السيّد اليزدي

«وفيه: لو كان البائع قاصداً من خلال إنشاءه بيع مفهوم النصف أو الثلث وغيرهما من الكسور المشاعة، لصحّ ما قاله السيّدﷺ، ولكن لا شكّ أنّ البائع لم يقصد ذلك، بل

---

(١) العقد النضيد ٤/(١٣١-١٣٣).

قصد إنشاء معاملة حقيقيّة واقعيّة تكون الصيغة المذكورة حاكية عنها، فإذا أصبح الأمر الواقعي هو المقصود، فإنّ إرادة البائع أيضاً تكون متعلّقة بما وراء المفهوم من الواقع، وحينئذٍ تصبح الظهورات كاشفة عنه، فيكشف ظهور التصرّف عن إرادة خصوص الحصّة المملوكة، كما يكشف ظهور كلمة «النصف» عن الإشاعة، ويتعارضان ويعود الإشكال مرّةً أُخرى»[1].

تنبيهٌ: حول حقيقة الملكيّة المشاعة

ينبغي استعراض كلمات الأعلام وَآراؤُهُمْ حول حقيقة الملكيّة المشاعة، فِيْها أقوال عديدة وآراء مختلفة:

القول الأوّل: قيل: إنّ الملكيّةَ المُشاعَةَ ملكيّةٌ واقعها معيّن وظاهرها مبهم.

وفيه: **أوّلاً**: أنّ البحث عن حقيقة الكسر المشاع، سواءً تحقّقت الملكيّة أو لم تتحقّق.

وثانياً: لو سُلِّمَ ذلك، فإنّ الملكيّة المُشاعة تعني الشركة الظاهريّة، فكلّ شريك مالك لحصّة من العين لكن على نحو الإشاعة.

القول الثاني: أنّ حقيقة الكسر المُشاع عبارة عن الكليّات المختلفة في العين، فالنصف كلّيٌ قابل للانطباق على حصّتين، والثلث كلّي قابل للانطباق على ثلاث حصص، وهكذا الأمر في بقيّة الكسور.

وفيه: أنّ اعتبار اَلْكَسْرِ المشاع كليّاً مختلفاً أعيانه الخارجيّة ممنوع، لأنّ الفقهاء صنّفوا الكسر المشاع حكماً وموضوعاً في مقابل الكلّي في المعيّن، فيعدّ الكسر المشاع من أصناف الكلّي في المعيّن، كالثلث أو الربع من مال معيّن إذا لوحظ كليّاً كالصّاع من الصُّبرة.

القول الثالث: قيل: إنّ حقيقة الكسر المُشاع هو الجزئي الموجود في الخارج لكن على نحو الإشاعة، وهو مختارُ جماعةٍ من المحقّقين، ومرادهم أنّه متى فرض نسبة في

---

(١) العقد النضيد ١٣٤/٤.

مال معيّن مشترك، تكون النسبة المفروضة مشتركة في حصص جميع الشركاء، وكذلك الحال فيما لو كانت النسبة المفروضة بحيث لا يمكن تقسيم المعيّن الخارجي بنسبتها، فحينئذٍ يفرض مالكيّة جميع الشركاء فيه بنحو الإشاعة والاشتراك:

ويرد عليه أوّلاً: ما سبق أن ذكرناه من أنّ البحث في المقام يدور حول حقيقة الكسر المشاع، مع الغضّ عن وجود الملكيّة وعدمه.

وثانياً: يستحيل تصوّر الجميع بين الوجود الخارجي والإشاعة، لأنّ الوجود الخارجي مساوق مع التعيّن والتميّز، والإشاعة تقابلهما، وبالتالي لم يمكن تصوّر الوجود الخارجي لكن على نحو الإشاعة والسريان.

القول الرابع: قيل: إنّ حقيقة الكسر المشاع الملكيّة الضعيفة، ويقابله المفروز الذي تعدّ ملكيّته قويّة.

وفيه: أوّلاً: ما سبق ذكره بالنسبة إلى الأقوال السابقة، من إمكان تصوّر الكسر المشاع في جميع الأحوال سواء تعلّق الملك بها أم لم يتعلّق، كما في المباحات، حيث يمكن فرض الكسر المشاع فيها برغم عدم تعلّق سبب من أسباب الملكيّة بها، وعدم إمكان تصوّر الملكية القويّة والضعيفة فيها.

وثانياً: لا مجال لفرض القوّة والضعف أو الشدّة والخفّة في الأمور الاعتبارية.

القول الخامس: ما قيل: من أنّ الكسر المُشاع متقوّمٌ بالمملوك الواحد مع مُلَّاكٍ متعدّدين.

وفيه: فضلاً عمّا ذكرنا من أنّ البحث في المقام عن حقيقة الكسر المُشاع سواء وجد مالك أم لو يوجد، فإنّه لا يمكن تعقّل وحدة المملوك وتعدّد الملّاك، لأنّ الملكية ليس إلّا إضافة بين المالك والمملوك، ومع تعدّد المالك تزول وحدة المملوك»[1].

القول السادس: وهو للسيّد الخمينيﷺ يقول: «والتحقيق أنّ الكسر المشاع اعتبار عقلائي في نفس الموضوعات الخارجية كاعتبار الملكية والرقية والحرية

---

(١) العقد النضيد ١٣٦/٤ و ١٣٧.

ونحوها، حيث يعتبرها العقلاء في الموجودات الخارجية، فمع اعتبارها فيها تصدق عليها بالحمل الشائع تلك العناوين... فالإشاعة والإفراز أمران اعتباريان في نفس الخارج نحو اعتبار الملك والحقّ... فالكسر المشاع هو الجزء الخارجي المعتبَر بنحو اللاتـعيّن واللا إفراز...»(١).

«ويرد عليه: أنّه بالرغم من أنّ الملكيّة أمرٌ اعتباريّ، إلّا أنّ متعلّقها أمـرٌ واقـعي وليس باعتباري، فملكيّة زيد للدار وزوجيّته لهند اعتباري، لكن الدار وهند بـنفسهما أمران واقعيّان وليسا اعْتِبارِيَّيْنِ، وهكذا الحال في جميع الأُمـور الاعـتباريّة كـالولاية والقضاء وغيرهما، وهذا بخلاف الكسر المشاع، فإنّه لا مجال لعدّه من الأُمور الاعتباريّة، لعدم إمكان تمليك الأمر الاعتباري، ولا شكّ أنّ الكسر المشاع أمرٌ قابل للتمليك حيث يملك كلّ واحد من الشركاء كسراً مشاعاً من المال المشترك، فملكيّتهما له دليلٌ عـلى عدم اعتباريّة»(٢).

مختار الاستاذ المحقّق ـ مدظله ـ

قال ـ مدظله ـ: «وخلاصة الكلام: ثبت من خلال ما استعرضناه بطلان الأقـوال والاحتمالات الستّة في توجيه الكسر المشاع ومخالفتها مع القواعد العامّة، ومن المعلوم أنّ تعارض الآراء وتعدّدها وتضاربها دليلٌ على صعوبة المسألة، بالتالي يقتضي المقام أن نذكر ما نراه صحيحاً في توجيهه.

فنقول: أوّلاً: لا شكّ أنّ الحقائق العقليّة وما ينتج منها وما يترتّب عليها تتفاوت وتختلف مع الحقائق العرفيّة العقلائيّة، فعلى سبيل الفرض هناك فرق في دائرة الموجود بين رؤية العقل والعرف، فقد يرى العرف شيئاً موجوداً حقيقةً لكـن يـراه العـقل غـير موجود، وهذه الحقيقة لا يمكن إنكارها حتّى بناءً على الرؤية الفلسفيّة ـوإن كان ينبغي الإجتناب عن التعرّض إلى المصطلحات الفَلْسَفِيَّةِ في المباحث الأُصوليّة ـفقولنا: «زيدٌ

---

(١) كتاب البيع ٥٦٣/٢ و ٥٦٤.

(٢) العقد النضيد ١٤١/٤.

موجود» بناءً على أصالة الوجود، يعدّ باطلاً بالدقّة العقليّة وواقعاً مجازيّاً بالفهم العرفي، فكما أنّ «زيدٌ أسدٌ» باطل عند أهل الفنّ مطلقاً ـ كالملّا صدرا والسبزواري وأتباعهما من القائلين بأصالة الوجود ـ كذلك باطلٌ قولنا: «السماء موجودةٌ» أو «الأرض موجودة» و «زيد موجود»، لأنّ الوجود موجود بالحقيقة العقليّة، ويجب إسناد واقع الوجود إلى أطواره وكيفيّته، لا إلى ما هو خارج عنهما. ويمكن أن نقرّب اختلاف رؤيتهما إلى الأُمور بحكمهما في قضيّة الماء والبخار، فالعرف يرى أنّهما مختلفان حقيقةً وجوهراً، وأمّا بالرؤية الدقيقة العقليّة فهما متّحدان حقيقةً، وينحصر اختلافهما في الانبساط والانقباض ليس إلّا، فالعرف يرى اختلافهما جوهريّاً والعقل يراه عَرَضياً.

وثانياً: بناءً على المقدّمة المذكورة، فإنّه يمكن عدّ المقام من صغرياتها، لأنّ العرف يرى الكسر المُشاع أمراً واقعيّاً وحقيقيّاً غير اعتباري، خلافاً لما عليه العقل حيث لا يراه إلّا حقيقه موهومة غير واقعيّة، ونتيجة لهذه الرؤية المختلفة، نجد أنّ العرف يرى وجود الكسر المُشاع من الثلث والربع والنصف في المال المشترك وجوداً حقيقيّاً فعليّاً، برغم حكم العقل بعدم وجوده وبطلان فرضه.

والحقّ عندنا: أنّ الكَسْرَ المُشاعَ أمرٌ موجود حقيقةً لا اعتباراً، لكن بوجود عرفي لا عقلي، وهكذا تندفع جميع ما أُورد على الكسر المشاع من الإشكالات وما قد يرد عليه، وحسب اعتقادي فإنّ الالتزام بما ذكرناه من المقدّمة والنتيجة والإذعان بهما وتطبيق معطياتهما، يفتح لنا آفاقاً واسعة في أبواب الفقه المختلفة يترتب عليها نتائج خطيرة وآثار هامة في عمليّة استنباط الأحكام الشرعية»[1].

المسألة في منظور المحقّق الإصفهاني

قال: «إنّ تحقيق الحال يقتضي رسم أُمور:

منها: أنّ الكسر المشاع ـ كالنصف مثلاً ـ ماذا؟ وما معنى إشاعته وسريانه؟ فإنّ الجزئي الحقيقي الخارجي لا سريان له، فما معنى القسمة السارية في الكلّ؟ وسريان

---

(١) العقد النضيد ٤/(١٤١-١٤٣).

الطبيعي في أفراده يوجب أنْ يكون المشاع كلياً، فبماذا يفترق عن الكلّي في المعين، مع أنّهما متقابلان ولكلٍّ منهما أحكام خاصة؟

ومن الواضح أنّ كون الشيء منقسماً إلى قسمتين متساويتين في نفسه لا يتقوّم بكونه مملوكاً لشخصين، حتّى يتوهم أنّ معنى الكسر المشاع كون الواحد طرفاً لاضافة واحدة قائمة بشخصين، أو أنّ الملكية قبل الافراز لها نحو من الضعف فيُعَبَّر عنه بالكسر المشاع بحسب تفاوت مراتب الملكية قوةً وضعفاً. فإنّ الشيء له نصفان بنحو الإشاعة سواء كان مملوكاً أم لا، فضلاً عن لزوم كونه مملوكاً للمتعدد بحسب درجات الكسر من النصف والثلث والربع.

والتحقيق: أنّ الشيء القابل للقسمة في نفسه موجود واحد، ومن حيث القبول للانقسام يكون وجوده بالفعل وجود الأقسام بالقوة. فالأقسام موجودات خارجية لكنّها قبل الإفراز وجودها على حد الأُمور الانتزاعية التي نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها، فالمنشأ موجود بالفعل والأمر الانتزاعي موجود بالقوة بنحو وجود المقبول بوجود القابل، فهو خارجي بخارجية مَنْشَئِهِ وجزئي حقيقي بجزئية مَنْشَئِهِ، وحيث إنّ تلك القسمة المتساوية[1] لقسمة أُخرى متساوية النسبة إلى تمام أجزاء ذلك الموجود بالفعل، فلذا يقال إنّها مُشاعة وسارية في الكلّ.

ومنه يتضح أنّ المُشاعَ ليس كليّاً في نفسه، وأنّه يفترق عن الكلّي في المعين بجزئيته دون الكلّي في المعين، كما يفترق الكلّي في المعين عن غيره بانحصار أفراده في المعين دون مطلق الكلّي، وسيأتي[2] إنْ شاء الله تعالى ـ في مسألة بيع صاع من الصبرة ـ تحقيق حال الكلّي في المعين.

وممّا ذكرنا في المراد من الكسر المُشاع يتضح بالتأمل كون الإفراز والقسمة الفعلية تمييز الحصص؛ لا أنّها مبادلة، وذلك لأنّ النصف المشاع المملوك لكلّ من

---

(١) هكذا في الأصل والاصح (المساوية).

(٢) كتاب المكاسب ١٩٦ سطر ٢٢، كما سوف يأتي الكلام عليها في الجزء الثالث من حاشيته على المكاسب.

المالكين لا تعيّن له إلّا هذا التعيّن وكونه نصفاً في قبال الثلث والربع، وحيث إنّه قابل لانحاء التعيّنات المتبادلة بالفرض والتقدير فالقسمة موجبة لتعيّن ذاك الأمر اللامتعين من حيث هذه التعينات.

وحيث إنّ المملوك لكلّ منهما نفس ذلك الكسر المشاع، وأنّ نسبة ملك الكلّ إليهما بلحاظ ملك الكسر المنقسم إليه وإلى معادله الكل[1]، فلذا لايتحقق مبادلة بين المملوك لهذا والمملوك لذاك، بتوهم أنّه يخرج من ملك هذا مقدارٌ ويدخل في ملك الآخر وبالعكس بسبب الإفراز والقسمة، بل المملوك هو الكسر والقسمة معينة للكسر خارجاً؛ من دون خروج ولا دخول أصلاً»[2].

توضيح مراد المحقّق الإصفهاني

مراده: «أنّ الوجودات المتصورة على قسمين:

١ـ الموجود الذي ما بإزائه في الخارج.

٢ـ الموجود الفاقد لما يوازيه في الخارج، لكن يملك منشأ الانتزاع في الخارج.

أمّا القسم الثاني: كعنواني الأب والابن، حيث ليس لهما وجودان بل وجود واحد، ولكن هذا الوجود الواحد يتعدّد بوجود ما يعدّ منشأ انتزاعه أي الأب والابن، وهكذا الأمر في عنواني السقف والفوقيّة، فإنّهما موجودان بوجود واحد، ويتعدّدان للسبب المذكور، فكما أنّ وجود الفوقيّة يكون بعين وجود الفوق، كذلك الجزئيّة تكون موجودة بعين وجود الجزء، ولايقبل أن يكون وجود جزئيّته بوجود شيء آخر، وهكذا الحال في جميع الكسور المشاعة، فهي موجودة بوجود منشأ انتزاعها، فيتّحد ويتعدّد باتّحادٍ منشأه وتعدّده.

وهذا بخلاف القسم الأوّل حيث يعدّ من قبيل وجود المقبول بوجود القابل، كالنطفة التي فيها قابليّة العَلَقة، وهي موجودة بوجود النطفة، فالنسبة بينهما نسبة القابل

---

(١) حق العبارة أن يقول: «بلحاظ ملك الكسر المنقسم الكلّ إليه وإلى معادله» وإلّا لزم الفصل بين اسم المفعول ونائب فاعله بالفصل الطويل.

(٢) حاشية المكاسب ٣٤١/٢ و ٣٤٢.

«النطفة» والمقبول «العلقة»، وهكذا الحال في جميع موارد الإمكان الاستعدادي، حيث يكون كلّ أمر بالفعل حاملاً للآخر بالقوّة، فهو موجود بالفعل وحاملٌ وقابلٌ ومستعدٌّ لشيء آخر بالقوّة.

فإذا ثبتت هذه المقدّمة يتّضح لنا حال الكسور المُشاعة في الأُمور المتّحدة، فإنّ الدار والبستان وغيرهما يمكن فرض انقسامها إلى النصف أو الثلث أو الربع، لأنّه مع قابليّة تحمّل المحلّ لهذه الكسور، يكون المقبول الربع والثلث والنصف. وبدليل أنّ كلّ مقبول موجودٌ بوجود القابل، فإنّ جميع الكسور المشاعة تكون موجودة، ولكن بوجود المقبول مع وجود القابل، بمثل ما قلناه في وجود العلقة بشرط وجود النطفة. وبهذا الاسلوب يمكن دفع ما أُثير من الإشكال حول الكسور المشاعة، فبعدما ثبت برهاناً وجود الانقسامات بالقوّة في الأشياء الخارجيّة، وأنّ وجود القوّة تكون في مرتبة الوجود، وأنّ وحدتها وتعدّدها تابعة لوحدة القابل وتعدّده، يتبيّن الحال في الكسر المشاع، فهو موجودٌ جزئيّ لا كلّي لكن وجوداً بالقوّة وقائماً بالفعل، كما هو الحال في النسبة القائمة بين النطفة والعلقة.

وما قيل: ـ كما قاله بعض الأعاظم[1] ـ من بطلان قياس الكسر المشاع بالأمر الانتزاعي، لأنّ الأخير يعدّ حقيقة موجودة بالفعل لكن بوجود منشأ انتزاعه، فالفوقيّة موجودة بالفعل بوجود السقف الموجود بوجود حقيقي خارجي، وهذا بخلاف الكسر المشاع الذي لا يمكن فرض وجوده الخارجي بالفعل.

فمدفوعٌ: لأنّ المحقّق الأصفهاني لم يجعلهما في رتبة واحدة، ولم يعتبر الكسر المشاع من الأُمور الانتزاعيّة حقيقةً، وإنّما نزّله منزلة الأُمور الانتزاعيّة في المنشأ، ويشهد له صريح كلامه حيث يقول: «وجودها على حدّ الأُمور الانتزاعيّة التي نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها»[2].[3]

---

(١) الظاهر أنّه السيّد الخميني في كتاب البيع ٥٦٢/٢.

(٢) حاشية المكاسب ٣٤٢/٢.

(٣) العقد النضيد ٤/(١٣٨-١٤٠).

نقد منظور المحقّق الإصفهاني

«لكن يرد على المحقّق الأصفهاني: أنّ لازم فرض كسر المُشاع قوّةً مرتبط وجودها بوجود مَنْشَئِها، وعدم وجوده الفعلي.

وبعبارة أُخرى: ما يفرض كونه موجوداً بالقوّة يكون معدوماً بالفعل بالضرورة، فالنطفة موجودة بالفعل وفيها القوّة لأن تصبح علقة، لكن العلقة معدومة بالفعل بالضرورة برغم وجود النطفة، والوجود يسند إلى القوّة لا إلى ذاتها، ولولاه للزم امتلاك مُلّاك المال المشترك للشيء المعدوم، لما ثبت من انعدام الكسر المشاع فعلاً، ممّا يقتضي امتلاكهم لما هو معدومٌ بالفعل. نعم، لا مانع من ملكيّة المعدوم عقلاً ـ كبيع ثمرة الشجرة في هذه السنة والتي تليها وكذلك في بيع السَّلف ـ كما لا مانع عقلاً من أن يكون المعدوم مالكاً بالفعل كما في الوقف على البطون اللّاحقة، حيث أنّ المملوك موجود برغم انعدام المالك.

فإذن لو فرضنا الكسر المشاع في مرتبة القوّة دون الفعل، لزم منه عدم وجوده الفعلي، وترتّب عليه ما لا يمكن الالتزام به، وهو عدم ملكيّة المُلّاك للنسب المشاعة المملوكة لهم، ومن المعلوم أنّ العين الموجودة لا مالك لها سوى هؤلاء الشركاء المشتركين فيها بحسب نسبهم المملوكة، فإذا اعتبرناهم مالكين للكسر المشاع المعدوم فعلاً والموجودة، فإنّ ذلك يعني عدم ملكيّتهم لأجزاء هذه العين، ويلزم منه أنّ ما هو موجودٌ بالفعل لا مالك له، وما هو بالقوّة له المالك، وهو باطلٌ بالضرورة»[1]. هذا أوّلاً.

وثانياً: «أنّ ما ذكره في الوجه الأوّل من الاستناد إلى أصالة الصحّة، وحمل التصرّف على الصحيح، ومن ثمّ الحكم بأنّ متعلّق البيع هو ا لنصف المختصّ ممنوعٌ، لما ثبت من أنّ مستند أصالة الصحّة غير المردوعة هي السيرة العقلائيّة ـ فضلاً عن الأخبار كقوله عليه السلام: «هو حين العمل أذكر منه حين يشكّ» ـ حيث يحكمون بالصحّة في موارد الشكّ في صحّة العمل الصادر من العامل وفساده من جهة تضمّنه للشروط وفقده الموانع وعدمه، واستناداً إلى هذه الحالة فإنّ أصالة الصحّة تجري في مقامين:

---

(١) العقد النضيد ٤/١٤٠ و ١٤١.

أ: فيما يقوم به الفاعل من أعماله الشخصيّة: ويُسمّى الأصل في هذا المقام بقاعدة الفراغ.

ب: فيما يقوم به الغير من الأعمال ونشكّ في صحّتها، فتجري فيها أصالة الصحّة وتدلّ على صحّتها، والمتيقّن من جريانها عند تردّد العمل بين الصحيح والباطل، وأمّا إذا كان العمل مردّداً بين الصحيح الفعلي والصحيح الشأني فإنّه لم تثبت سيرة عقلائيّة على لزوم حمل العمل على الصحيح الفعلي، وما نحن فيه يعدّ من مصاديق الأخيرة، لأنّ قيامه ببيع نصف الدار إذا عدَّ بيعاً مشاعاً وتصرّفاً في مال الغير، فإنّه يندرج في العقد الفضولي، وقد التزم المحقّق الأصفهاني بعدم بطلان العقد الفضولي ولغويّة إنشاءه، وإنّما يمكن تصحيحه من خلال الإجازة اللّاحقة، ممّا يعني صحّته الشأنيّة، فإذن العقد الصادر مردّد بين الصحيح الفعلي والشأني، وأصالة الصحّة تجري في خصوص الفعل المردّد بين الصحّة والفساد، دون الصحّة الفعليّة والشأنيّة.

وثالثاً: أنّ ما ذكره في الوجه الثاني من غلبة التصرّفات الصادرة وقوعها في الحصص المملوكة، ممنوعٌ، لأنّ الغلبة عاجزة عن إثبات الظهور لفظاً أو مقاماً، كما لا مجال للتمسّك بما يقال: إنّ الشيء يلحق بالأعمّ الأغلب، لأنّ غاية ما يثبته هذه المقولة هي الظنّ الذي لا يُغني من الحقّ شيئاً، فإذن لا يمكننا أن نتمسّك بالغلبة الظنّية في الألفاظ أو الأعمال وجعلها مناطاً لإثبات الظهور فيهما»[1].

مختار الاستاذ المحقّق ـ مدظله ـ في المسألة

قال: «أوّلاً: ثبت من خلال ما ذكرناه وما أجبنا به عن الأقوال الستّة المذكورة حول الكسر المشاع، أنّ جميع الأموال تتضمّن كسوراً مشاعةً. وأنّها لا تعدّ أُموراً اعتباريّة، بل هي أُمور واقعيّة عرفيّة لا عقليّة، ويكفي للدلالة على صحّة هذه النظرية مراجعة سريعة لما ورد في كتاب الإرث من الآيات والروايات، وكذلك في كتابي الزكاة والخمس، فإنّ

(١) العقد النضيد ١٤٥/٤ و ١٤٦.

جميعها شاهدٌ على صحّة ما ذكرناه، فقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾[١] يفيد أنّه بمجرّد الموت تنقسم تركة الميّت التي كانت واحدة موحّدة إلى كسورٍ مشاعة من النصف والربع والثلث، وكذلك السدس للأبوين، ومن المعلوم أنّ هذه الكسور لا يمكن اعتبارها أُموراً وهميّة فرضيّة، بل حقائق خارجيّة واقعيّة؛ لأنّ الوارث يرث مالاً حقيقيّاً لا متخيّلاً فرضيّاً، فالأب حين موت ولده يعدّ مالكاً لسدس أمواله، يملكه ملكيّة حقيقيّة وواقعيّة لا فرضيّة وهميّة، وكذلك الحال في الزكاة وبالخصوص في زكاة الغلّاة من العُشر ونصفه، وأيضاً في الخمس وما ورد من شركة الفقراء في أموال الأغنياء بمقدار ما يستحقّونه منها:فإنّ هذه وغيرها دالّة على أنّ الكسر المشاع حقيقةً عرفيّة، ولها واقع خارجي ملموس، لا يمكن نكرانها أو فرضها أمراً متخيّلاً موهوماً أو اعتباريّاً على أقلّ تقدير كما ظنّه البعض.

ثانياً: أنّ هناك قاعدة عقلائيّة جارية وسارية عندهم، وهي أنّه إذا صدر إنشاء معاملي ممّن يملك مالاً يمكن أن يتعلّق الإنشاء بذاك المال وبغيره فإنّ العقلاء يسندون الإنشاء إلى ما يمكن إضافته إليه وهو أمواله المملوكة، فإذا[٢] أقدم البائع على بيع كلّي وباع سلفاً طنّاً من الحنطة في الذمّة، فبالرغم من أنّ متعلّق البيع فيه القابليّة للإضافة إلى ذمّة البائع وذمّة غير البائع، إلّا أنّ السيرة قائمة على إسناد بيعه إلى ذمّته دون ذمّة غيره، لحاجة إسناده إلى الغير لمؤونة زائدة، فإسناد المعاملة إليه مبنيّ على هذه السيرة العقلائيّة الثابتة دون أصالة الصحّة أو الغلبة كما ادّعاهما المحقّق الأصفهاني، والله العالم»[٣].

---

(١) سورة النساء /١١.

(٢) كذا في المصدر ولكن الأحسن: «فإن».

(٣) العقد النضيد ١٤٦/٤ و ١٤٧.

ثمّ هاهنا فروع لابدّ من الإشارة إليها:

الفرع الأوّل: لو كان البائع وكيلاً أو وليّاً عن مالك النصف الآخر إذا باع مالك نصف الدار نصفَها مع كونه وكيلاً أو وليّاً عن مالك النصف الآخر في بيع حصته فحينئذ هل المبيع يحمل على النصف البائع المختص به أو النصف المشاع بينه وبين موكله أو المولّى عليه؟ يأتي وجهان ماضيان من ظهور التصرف في مال نفسه يقتضي أنّ المبيع ماله المختص به، وظهور كلمة النصف في الإشاعة يَقْتَضِي أنّ المبيع هو المالُ المُشاعُ بين الوكيل والموكل أو الولي والمُوَلّىٰ عليه.

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّه لو كان البائع وكيلاً في بيع النصف أو وليّاً عن مالكه، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبنيّان على أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع في مقام التصرّف، أو ظهور التمليك في الأصالة. الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ ظهور التمليك في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلّا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المُطلَق»[1].

مراده ﴿﴾: إنّ المعارض لظهور كلمة النصف في المُشاع إن كان هو ظهور التصرف في التصرف فيما يجوز له التصرف فيه فلا معارضة في المقام، لأنّ المفروض أنّ البائع جائز التصرف في كلِّ واحد من النصفين فلابدّ من حمل النصف على الإشاعة من دون معارض.

وأمّا إذا قلنا بأنّ المعارض لظهور كلمة النصف في المُشاع إنّما هو ظهور الإنشاء في البيع لنفسه ـ لا لغيره ـ فالمعارضة موجودة في مسألتنا.

ثمّ يرى الشيخ الأعظم تقديم ظهور كلمة النصف في الإشاعة على ظهور الانشاء في البيع لنفسه، والوجه في ذلك:

أنّ ظهور النصف في الإشاعة ظهور القيد وهو النصف لأنّه مفعول «بعتُ» والمفعول من قيود الفعل. وظهور القيد وإن كان بالإطلاق كظهور الإنشاء بالأصالة، لكنّه مقدَّم على

---

(١) المكاسب ٣/٥٢٢.

اطلاق المطلق وهو البيع لأنّه من تقديم ظهور القيد ـ وهو النصف ـ على ظهور المطلق وهو ظهور الانشاء بالإصالة والبيع والتمليك لنفسه.

وبالجملة: قد ثبت في علم الاصول بأنّ ظهور القيد مقدّم على ظـهور المـطلق ووارد عليه وبالتالى يسقط ظهور الانشاء في الأصالة ويبقى ظهور النصف في المُشاعِ بِلا معارض.

تقرير شيخنا الاستاذ عن مقالة الشيخ الأعظم

قال‏ﷺ: «ثمّ إذا كان البائع المزبور وكيلاً عن شريكه أو وليّاً عليه فهل يكون الحكم كما في صورة كونه أجنبياً أم لا؟ الصحيح أن يقال: إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين في الصورة السابقة هو ظهور النصف بقرينة مقام التـصرف فـي النصف المختص للبائع ـ كما هو الأظهر ـ فلا معارضة في صورتي الوكالة والولاية، بل يؤخذ بظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين؛ لأنّ الموجب لظهور النصف في خصوص حصة البائع عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصة، ومع الوكالة أو الولاية يكون تصرفه نافذاً في حصته وحصة شريكه على السواء.

وعلى ذلك فمع عدم تعيين إحدى الحصتين بخصوصها ـ كما هـو المـفروض ـ يحمل المبيع على الإشاعة بينهما.

وأما ظهور البيع في كونه بالأصالة، فهذا لايعارض ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين، بل ظهور النصف يكون حاكماً على ظهور البيع في الأصالة، فإن ظهور البيع في الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقي للفعل وبمقدمات الحكمة؛ ولذا لو قيّد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا يكون له ظهور في الأَصالة. وظهور النصف في الإشاعة بين الحُصَّتَيْنِ أيضاً ظهور إطلاقي ولا يكون له ظهور في الإشاعة فيما إذا قيّد ذلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، إلّا أنّ الظهور المتعلّق ولو كان إطلاقياً يكون حاكماً على ظهور الفعل، حيث إن المتعلَّق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيّد بالإضافة إلى المطلق.

وبهذا يظهر أنه لو لم يكن في الصورة الأُولى ظهور النصف وانصرافه إلى حـصة البائع بقرينة مقام التصرف لكان ظهور البيع في الأصالة مـحكوماً بـظهور النـصف فـي

الإشاعة بين الحصتين.

والحاصل: أنّ مع عدم وكالة البائع أو ولايته لايحمل النصف على إشاعَةِ الحصتين، بل يكون إنشاء البيع مجملاً بالإضافة إلى بعض المبيع، بخلاف صورتي الوكالة والولاية فإنّه يحمل فيهما النصف على الإشاعة، وإليه يشير قوله: «فالأقوى فيهما الاشتراك»[(١)]»[(٢)].

أقول: إنّما نقلتُ تقريره احتراماً له وأداءً لبعض حقوقه.

اعتراض المحقّق الخراساني على الشيخ الأعظم

ذهب المحقّق الخراساني إلى أنّ البائع في هذا الفرض باع ماله المختص به دون المُشاع بينه وبين وكيله أو المولّى عليه على خلاف مختار الشيخ الأعظم وقال: «فإن كان المعارض، هو الأوّل، ففيه الاحتمالان، كالاجنبيّ، وان هو الثانى، فلا يكون إلّا احتمال واحد، لعدم صلاحيّته للمعارضة، وذلك لتبعيّة ظهور الفعل، لظهور ما يتقيّد به من متعلّقاته، ولكنّه على خلاف ما أفاده، في بيان معنى «لا تنقض» في باب الاستصحاب، كما أشرنا إليه، من تبعيّة المتعلّق في الظّهور، وفي العموم والخصوص، لظهور الفعل المتعلَّق به، والصواب اختلافهما في التّبعية، بحسب اختلاف المقامات، فلابدّ في كلّ مقام من ملاحظة الخصوصيّات، والحكم بها لأحدهما، مع التّرجيح، والجزم بظهور الجملة بحسب متفاهم العرف فيه، والتوقف مع عدمه والبناء على إجماله»[(٣)].

توضيح مراده: إنّ ما تحقّق من خلال الإنشاء هو فعل البيع ومتعلَّقه نصف الدار وحكم الشيخ الأعظم بتقديم ظهور كلمة النصف في الإشاعة والوجه في ذلك من تقديم ظهور المتعلَّق على ظهور الفعل، وهذا الاختيار هنا مخالف لما اختاره الشيخ الأعظم من تقديم ظهور الفعل على ظهور المتعلَّق في باب الاستصحاب وعند الشكّ في المقتضي، باعتبار أنّه التزم أنّ قوله: «لا تنقض اليقين بالشكّ» يتضمّن فعلاً وهو النقض، ومتعلَّقاً

---

(١) المكاسب ٣/٥٢٣.

(٢) إرشاد الطالب ٤/(١٥٦-١٥٨).

(٣) حاشية المكاسب /٨٧.

وهما اليقين والشكّ، والمتعلَّقان مطلقان يشملان الشكّ في المقتضي والشكّ في الرافع، أمّا الفعلُ ـ وهو لا تنقض ـ بنفسه فَيُوْجِبُ اختصاص الاستصحاب بالشكّ في الرافع، بمعنى أنَّ «لا تنقض» يجري فيما لو كان المقتضي موجوداً بالفعل ونشكّ في قيام الرافع، لعدم صحّة إطلاق النقض إلّا عند إرادة نقض الشيء الثابت المبرم، ولهذه العلّة يجب أن نقيّد إطلاق الشكّ في المتعلَّق وحصره بخصوص الشكّ في الرافع دون المقتضي، وهذه النتيجة تعني تقديم ظهور الفعل على ظهور المتعلَّق، وهو ما خالفه الشيخ الأعظمﷺ في المقام، فقدّم ظهور المتعلَّق على الفعل مخالفاً بذلك مَبْناهُ.(١)

نقد اعتراض المحقّق الخراساني

ويمكن أن يناقش عليه: «برغم قوّة هذا الإشكال لكنّه ممنوعٌ، لأنّ المعارضة الحاصلة في المقام إنّما هي بين الإطلاقين، وهما إطلاق الإنشاء وإطلاق الإشاعة، ولذلك قام بتقديم إطلاق المتعلَّق على الفعل بحسب القواعد، وأمّا في باب الاستصحاب فإنّ ظهور فعل «لا تنقض» ظهورٌ وضعي وليس بإطلاقي، ويقابله ظهور المتعلَّق الإطلاقي، والقاعدة أيضاً تقتضي في هذه الصورة تقديم الظهور الوضعي على الظهور الإطلاقي أعني إطلاق الفعل على إطلاق المتعلَّق، فالبابان مختلفان وحكم المحقّق الخراساني بوحدتهما فعلاً ومتعلّقاً ممنوعٌ»(٢).

هذا النقد يجري بناءً على تقديم ظهور الوضعي على الظهور الاطلاقي كما عليه المشهور، إمّا بناءً على تَكافُئِهما فلا يتم النقد ويصير إشكال المحقّق الخراساني تاماً.

اعتراض الشيخ الأعظم على نفسه المستفاد من كلام الشهيد الثاني(٣)

حاصله: لا يمكن القول بتقديم ظهور كلمة «النصف» في المشاع تحكيماً لظهور المقيّد على المطلق لوجود المانع في المقام وهو ظهور حال المتكلِّم في إرادة ما يُتَلَفَّظُ به وهو بيع المختص به، وظاهر حال المتكلِّم عدم إرادة بيع نصف حصة شريكه، لأنّ الشهيد

---

(١) راجع العقد النضيد ١٤٩/٤.

(٢) راجع العقد النضيد ١٤٩/٤.

(٣) راجع المكاسب ٥٢٢/٣ قولهﷺ: «وما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي...».

الثاني ذاهبٌ إلى أنّ الفضولي قاصد إلى اللفظ الصادر منه فقط «ولا يتحقق منه قصد مدلوله ـ أعني نقل الملك والتسليط على التصرف وغيرهما من أحكام العـقد ـ لأنّ ذلك مـن وظائف المالك...»[١].

فعلى ما ذهب إليه الشهيد الثاني ينعقد ظهوران متكافئان: الأوّل: ظـهور حـال المنشِئ في الانشاء لنفسه وإرادة بيع نصفه المختص به، والآخر ظهور كلمة النصف في الإشاعة.

ولكن الأخير يتوقف على الفضولية ـ وهي متوقفه على عدم قصد المدلول ـ على مذهب ثاني الشهيدين ولكن الأوّل لا يتوقف على شيءٍ فيتعيّن الأخذ بـالظهور الأوّل وإرادة البيع لنفسه.

إجابة الشيخ الأعظم عن الاعتراض: قال: «... إلّا أنّه مـختصّ بـالفضولي، لأنّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل والولي فالأقوى فيهما الاشتراك فـي البـيع تـحكيماً لظاهر النصف...»[٢].

أقول: ظاهر الشيخ الأعظم تسليمه للاعتراض ولكنّه يرى اختصاصه بـالفرض السابق ـ أي الأجنبي الفضولي ـ لا هذا الفرض ـ أي الوكالة والولاية ـ ولكن قد مرّ منّا في بحث بيع المكرَه[٣] عدم تمامية هذه المقالة المنسوبة إلى الشهيدين[٤] وقلنا بأنّ المكرَه يقصد اللفظ والمعنى لأنّه يستعمل اللفظ في معناه حتّى أنّه قصد الانشاء والأثر المترتب على العقد إلّا أنّ قصده يكون عن كُرْهٍ ومن دون اختيار فليس له طيب النفس والرضا المعتبر في العقود فلا يقع ولا يتم، فراجع ما حررناه هناك.

---

(١) المسالك ١٥٦/٣.

(٢) المكاسب ٥٢٣/٣.

(٣) رجع الآراء الفقهية ٥/(١١٦-١١٢).

(٤) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

عدول الشيخ الأعظمؒ عن مقالته في هذا الفرع الأوّل

قال: «إلّا أن يمنع ظهور «النصف» إلّا في النصف المشاع في المجموع»[١].

مراده: إنّ كلمة «النصف» كلّيٌّ له مصاديق ثلاثة:

تارة يراد به المُشاع في مجموع الدار وهو قابل الانطباق على:

١ـ حصة البائع خاصة.

٢ـ وحصة شريكه خاصة.

٣ـ وأُخرى: يراد به المركب من الحصتين بمعنىٰ أنّ المبيع ربع من حصة المالك وربع من حصة شريكه.

والاحتمال الثالث هو مَبْنىٰ مقالة الشيخ الأعظمؒ في ما تقدّم.

ولكن الآن يقول: بمنع ظهور كلمة «النصف» في الاحتمال الثالث، بل الظاهر أنّ المراد بالنصف هو النصف المشاع في المجموع القابل للانطباق على واحدة من حصتي المالك أو شريكه بتمامهما.

ثمّ قال: «وأمّا ملاحظة حقّي المالكين وإرادة الإشاعة في الكلِّ من حيث أنّه مجموعهما فغير معلومة بل معلوم العدم بالفرض»[٢].

هذه الجملة اعتراض من الشيخ الأعظم على نفسه وجوابه كأنّه يقول بتوضيح منّا:

إن قلت: إنّ كلمة «النصف» وإن كانت كذلك إلّا أنّه يترجح إرادة الاحتمال الثالث من جهة أنّ البائع لا حظ حقّ المالكين فقصد بيع النصف المُشاعِ من الحُصَّتَيْنِ لا بيع تمام حصته ولا بيع تمام حصة شريكه. فلا يتم في ظهورها في النصف المشاع في المجموع أي الحصتان الخاصتان.

قلت: هذا الترجيح وَإنْ كان ممكناً في نفسه ولكنّه خلاف فرض فرعنا لأنّ محلّ

---

(١) المكاسب ٣/٥٢٣.

(٢) المكاسب ٣/٥٢٣.

الكلام هو ما لو باع «النصف» قاصداً لمفهوم كلمة «النصف» من دون إحراز قصده لحصته أو حصة شريكه أو المركب من الحصتين، فالحكم بكون المراد من كلمة «النصف» هو الاحتمال الآخير فقط قضاءً لحقّ المالكين يتوقّف على مؤونة زائدة في مقامي الثبوت والإثبات:

وأمّا مَقامُ الثبوت: فلتوقفه على ملاحظة «النصف» المضاف إلى حصتي البائع وشريكه ليكون المبيع ربع الدار من حصة البائع وربعها من حصة شريكه.

وأمّا مَقامُ الاثبات: «فلتوقفه على أن يكون إطلاق كلمة «النصف» مقتضياً لاضافته إليهما معاً ليقع البيع لهما وهذا الاقتضاء ممنوع، لأنّ مفاد الإطلاق عدم إضافة النصف إلى كلٍّ منهما بالخصوص وهذا لايستلزم إضافته إليهما معاً، فعدم التقييد بما يدلّ على أحدهما لا يكون دالاً على التقييد بهما»[1].

ومن المعلوم أنّ الشيخ الأعظم في كلامه يستبين فقدان مقتضي الثبوتي فقط ومعه لا حاجة إلى بيان فقدان مقتضي الإثباتي ولكن قد بيّنتُ لك كِلَي ٱلْمَقامَيْنِ.

ثمّ: تمّم الشيخ الأعظم كلامه بهذا المقال: «ومن المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملّك كليّاً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلّياً سلفاً، مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلّا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له»[2].

أقول: إذا رجع الشيخ الأعظمﷺ عن مقالته فحكم الفرع عندي واضح وهو رجوع المبيع إلى النصف المختص ببائعه، والحمد لله.

الفرع الثاني: هبة المرأة نصف صداقها مُشاعاً قبل الطلاق

الغرض من ذكر هذا الفرع هو بيان نظير للفرع الأوّل وهو حمل كلمة «النصف»

---

(١) هدى الطالب ٦/٢٣.

(٢) المكاسب ٣/٥٢٣.

على النصف المشاع المختص للزوجة دون المشاع بين الحصتين، وهو تَأْيِيْدٌ لوجه رجوع الشيخ الأعظم عن مقالته.

قال المحقّق في المسألة العاشرة من مسائل أحكام المَهْر: «لو وَهَبَتْهُ نصفَ مهرها مُشاعاً ثمّ طلَّقها قبلَ الدخولِ فله الباقي ولم يرجع عليها بشيءٍ، سواءٌ كان المهر ديناً أو عيناً صرفاً للهبة إلى حقّها منه»(١).

بعبارة أُخرى: لو أصدق الزوج زوجته عيناً أو ديناً، فَوَهَبَتْ الزوجة نصفها المشاع لشخص ثمّ طلّقها الزوج قبل الدخول، استحق الزوجُ بالطلاق النصف الباقي، لا نصفه [أي نصف النصف] وقيمة النصف الموهوب، فالنصف في الفرض يُحمل على النصف المختص بها المشاع بين حصتها وبين ما يكون لزوجها بعد الطلاق.(٢)

وتبعه جماعة من أعلام الطائفة وبعضهم يذكر في المقام احتمالاً آخَرَ أو احتمالين ومن المعلوم تنظير الشيخ الأعظم إنّما يتم في الاحتمال الأوّل دون الثاني والأخير. والآن أذكر كلماتهم حتّى يتبيّن لك الأمر:

ويستأنس من كلام العلّامة في الإرشاد حيث قال: «ولو طُلّق بعد البيع أو الرهن أو التدبير أو التلف وإن لم يكن مِنْ قِبَلها ـ رجع بنصف مثله في المثلي وبنصف القيمة في غيره... ولو تلف البعض فله نصف الباقي ونصف بدل التالف...»(٣).

أقول: الاستيناس يظهر من اطلاق قولهﷺ: «رجع بنصف مثله في المثلي وبنصف القيمة في غيره» وهو يشمل الاحتمال الأوّل المؤيِّد للشيخ الأعظم.

ولكن في القواعد ذكره بعنوان أحد احتمالي المسألة وقال: «لو وهبته النصف ثمّ طلّقها احتمل رجوعه بالنصف الباقي وبنصفه وقيمة الربع»(٤).

وتبعه ابن أُخته وتلميذه السيّد عميدالدين في ذكر الاحتمال الثاني في

---

(١) الشرائع ٢/ ٢٧٤.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/ ٥١٥.

(٣) إرشاد الأذهان ١٧/٢.

(٤) القواعد ٨٦/٣.

كنزالفوائد[١].

قد يقال[٢]: باستفادة الاحتمال الثاني من كلام الشيخ الطوسي في المبسوط لأنّه قال: «إذا أصدقها صداقاً ثمَّ وهبته منه، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فأنّه يرجع عليها بنصفه، ثمّ لا يخلو من أحد أمرين إمّا أن يكون عيناً أو ديناً. فإنْ كان عيناً كالعبد والثوب فوهبته له، ثمّ طلّقها قبل القبض فهل يرجع عليها بنصف الصّداق أم لا؟ قيل: فيه قولان: أحدهما لا يرجع بشيء، والثاني يرجع عليها بالنّصف، وهو الصّحيح عندنا، سواء وهبت له قبل القبض أو بعد أن أقبضه، الباب واحد وفيه خلاف.

وإن كان ديناً نظرت فإن كان دفعه إليها فقبضته ثمّ وهبته له مثل أن كانت دراهم فأقبضها ثمَّ وهبتها منه ثمَّ طلّقها فعلى القولين، لأنّها قد قبضت صداقها وتعيّن بالقبض فلا فصل بين أن يتعيّن بالعقد وبين أن يتعيّن بالقبض، وأمّا إن كان ديناً فأبرأته منه ثمّ طلّقها قبل الدخول فهل يرجع عليها بنصفه أم لا؟ يبنى على القولين: إذا كان عيناً فوهبته.

فاذا قلنا لا يرجع عليها بشيء إذا كان عيناً فوهبته فههنا مثله، وإذا قلنا يرجع عليها بالنّصف إذا كان عيناً فوهبته له فهل يرجع هيهنا؟ فيه قولان: أحدهما يرجع لأنّه عاد إليه بغير الوجه الّذي يعود إليه به حين الطّلاق كالعين سواء والثاني لايرجع بشيء هيهنا والأوّل أقوى»[٣].

وقال ولده الفخر: «فيه احتمالان: (أ): إنّ له النصف الباقي لأنّه استحق نصف العين بالطلاق وقد وجده فيأخذه وتنحصر هبتها في نصيبها ولأنّه كلّما ثبت استحقاق العين وانتقل منها إلى بدلها في الأداء فالانتقال بالتراضي أو انتفاء العين أو وجود مانع والكلّ هنا منتف فثبت الرجوع في النصف (ب): الرجوع إلى نصف النصف الموجود وبدل النصف الموهوب لِأَنّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيه، وفيه نظر لأدائه إلى تبعيض حقّه وهو ضرر عليه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخيره بين أخذ النصف الموجود وبين

(١) كنز الفوائد ٥٠٩/٢.

(٢) والقائل المستظهر من كلام الشيخ الطوسي هو الفاضل الأصفهاني في كشف اللثام ٤٧٣/٧.

(٣) المبسوط ٣٠٨/٤.

التشطير المذكور والأصح عندي الأوّل ولا يحتمل تخيرها لِأَنَّ الإتلاف منها مباشرة فيجب عليها، وهذا الفرع انّما هو فيما إذا كان الصداق عيناً أمّا إذا كان في الذمة بريءٌ من الكلِّ وجهاً واحداً ولهذا أورد المصنف في الدين بلفظ الإبراء وفي العين بلفظ الهبة»[1].

أقول: أنت ترى بأنّ فخرالمحقّقين هو أوّل من ردّ الاحتمال الثاني وتنظّر فيه وأبدع احتمالاً ثالثاً في المقام ونفىٰ وجود الِاحْتِمال الرابع واختار الاحتمال الأوّل صراحة ويظهر من كلامه علو رتبته العلمية رحمة الله عليه.

وقال الشهيد: «ولو وَهَبَتْهُ نصف مهرها مشاعاً قبل الدخول فله الباقي، ولو كان معيناً فله نصف الباقي ونصف ما وهبته مثلاً أو قيمة»[2].

وقال ثانيه في شرح هذه العبارة: «(السابعة: لو وهبته نصف مهرها مشاعاً قبل الدخول فله الباقي) لأنّه بقدر حقّه فينحصر فيه ولأنّه لا ينتقل مستحق العين إلى بدلها إلّا بالتراضي أو تعذر الرجوع لمانع أو تلف والكلُّ منتَفٍ.

ويحتمل الرجوع إلى نصف النصف الموجود بدل نصف الموهوب، لأنّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيكون حقّه في الباقي والتالف فيرجع بنصفه وببدل الذاهب، ويكون هذا هو المانع وهو أحد الثلاثة المسوغة للانتقال إلى البدل.

وردَّ بأنّه يؤدي إلى الضرر بتبعيض حقّه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخييره بين أخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور (ولو كان) الموهوب (معيناً فله نصف الباقي ونصف ما وهبته مِثْلاً، أو قيمة)، لأنّ حقّه مشاع في جميع العين وقد ذهب نصفها معيناً فيرجع إلى بدله، بخلاف الموهوب على الإشاعة. ونبّه بقوله: وهبته على أنّ المهر عين، فلو كان ديناً وأبرأتْهُ من نصفه برىء من الكلِّ وجهاً واحداً»[3].

أقول: الشهيد الثاني في هذه العبارة ينظر إلى كلام الفخر كاملاً وربّما ينقل عين عبارته كما هو الواضح.

---

(١) إيضاح الفوائد ٣/٢٣٣.

(٢) اللمعة الدمشقية /١٩٧.

(٣) الروضة البهية ٥/٣٦٧ و ٣٦٨.

وقال في المسالك: «وجه استحقاقه الباقي أنّه استحقّ النصف بالطلاق وقد وجده فيأخذه، وتنحصر هبتها في نصيبها. ولأنّ الله تعالى جعل لها نصف ما فرض، وذلك يقتضي استحقاقه في العين ما لم يجدها تالفة أو يمنع مانع منها، وهما منتفيان هنا. فلا وجه للانتقال إلى البدل.

وفي المسألة وجه بأنّ له نصف الباقي ـ وهو الربع ـ مع ربع بدل الجملة، لأنّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع، وينزّل هذا النصف منزلة التالف، فلم يبق من الذي فرض سوى نصفه، فيأخذ نصفه كما هو مقتضى الشركة وبدل الفائت كما لو فات الجميع.

وفيه ما مرّ، فإن الانتقال إلى البدل مشروط بتعذّر العين، وهو منتفٍ.

ووجه ثالث بتخييره بين أخذ نصف بدل الجملة وترك الباقي، وبين أخذ نصف الباقي ـ وهو الربع ـ مع ربع بدل الجملة. لإفضاء الثاني إلى تبعّض حقّه، وهوضرر عليه فيجبر بتخييره. هذا إذا كان المهر عيناً. أمّا لو كان ديناً فليس فيه إلّا الوجه الذي ذكره المصنف.

واحترز بقوله: «مُشاعاً» عمّا لو وهبته نصفاً معيّناً،فإنّ له نصف الباقي ونصف بدل ما وهبته وجهاً واحداً، لأنّ حقّه بالطلاق مشاع في جميع العين، وقد ذهب منها جزء معيّن فينتقل إلى بدل ما يستحقّه منه، بخلاف ما لو كان مشاعاً، فإنّ حقّه في الأوّل مشاع وفي الثاني كذلك فلا ترجيح، ويتّجه استحقاقه حينئذٍ الجميع كما ذكر»[١].

وقال المحقّق السبزواري: «ولو وهبت نصفها مشاعاً ثـمّ طـلّقها قـبل الدخـول فالأقرب أنّ له الباقي ولم يرجع عليها بشيءٍ من البدل، وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أنّ له نصف الباقي وهو الربع مع ربع بدل الجملة.

وثانيهما: تخييره بين أخذ نصف بدل الجملة وترك الباقي وبين أخذ نصف الباقي وهو الربع مع ربع بدل الجملة.

---

(١) المسالك ٢٥٥/٨.

ولو كان المهر ديناً فليس فيه إلّا الوجه الأوّل»[١].

أقول: اختار السبزواري الاحتمال الأوّل لأنّه وصفه بـ«الأقرب».

وقال الفاضل الإصفهاني: «(الثامن: لو وهبته النصف ثمّ طلّقها، احتمل رجوعه بالنصف الباقي) بعينه كما اختاره المحقّق.[٢] وهو الوجه، لأنّه استحقّ النصف بالطلاق، وهو موجود، فلا جهة للعدول عنه إلى البدل فيأخذه وَتَنْصَرِفُ الهبة إلى نصيبها وهو النصف الآخر.

(و) احتمل رجوعه (بنصفه) أي نصف النصف الباقي بعينه (وقيمة الربع) بناءً على شيوع نصفيهما في تمام العين وشيوع النصف الموهوب أيضاً، فتتعلّق الهبة بنصفي النصيبين، فالنصف الباقي بمنزلة ما تلف نصفه وبقي النصف.

ويظهر من المبسوط[٣] احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصّة، لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المُشاع فقد تعلّقت بنصفي النصيبين، فإنّما يملك من نصيبها النصف وهو الربع، واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنّما بقي له النصف الآخر من نصيبه وهو الربع. ويحتمل التخيير بين بذل تمام النصف الباقي وعين نصفه مع بدل نصفه الآخر دَفْعاً للضرر بتبعّض الصفقة»[٤].

أقول: الفاضل الأصفهاني هو أوّل من استظهر من عبارة الشيخ في المبسوط الاحتمال الثاني مع أنّه اختار الاحتمال الأوّل.

وقال سيّد الرياض: «ولو وهبته النصف مشاعاً، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فله الباقي؛ صرفاً للهبة إلى حقّها منه، كما لو وهبته لغيره فإنّهما سواء، كما في الصحيح المتقدّم»[٥].

---

(١) الكفاية ٢/٢٣١.

(٢) شرائع الإسلام ٢/٣٣٠.

(٣) المبسوط ٤/٣١٠.

(٤) كشف اللثام ٧/٤٧٢ و ٤٧٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢١/٣٠١، ح١.

وفيه قول بالرجوع بنصفه وقيمة الربع[١]؛ بناءً على شيوع نصفيهما في تمام العين، وشيوع النصف الموهوب أيضاً، فتتعلّق الهبة بنصفي النصيبين، فالنصف الباقي بمنزلة التالف نصفه، وبقي نصفه.

وعن المبسوط: احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصّة[٢]؛ لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المشاع فقد تعلّقت بنصفي النصيبين، فإنّما ملك من نصيبها النصف ـ وهو الربع ـ واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنّما بقي له النصف الآخر من نصيبه، وهو الربع».[٣]

وقال صاحب الجواهر: «(ولو وهبته نصف مهرها مُشاعاً، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فله الباقي ولم يرجع عليها بشيء سواء كان المهر ديناً أو عيناً) بناءً على كفاية لفظ الهبة في الإبراء (صرفاً لـ) ما وقع منها من (الهبة إلى حقّها منه) بمعنى: أنّه بالطلاق قبل الدخول يتمحّض النصف الباقي للزوج؛ لأنّه مصداق ﴿**نِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾[٤]، فلا يرجع إلى المثل أو القيمة؛ لعدم تعذّره.

لكن في القواعد[٥] والمسالك[٦]: احتمال الرجوع بنصف الباقي بعينه وقيمة الآخر من الموهوب؛ لشيوع نصفيهما في تمام العين، وشيوع النصف الموهوب أيضاً، فتعلّق الهبة بنصفي النصيبين، فالنصف الباقي بمنزلة ما تلف نصفه وبقي النصف.

بل قيل: «إنّه يظهر من المبسوط احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصّة؛ لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المشاع فقد تعلّقت بنصفي النصيبين، فإنّما ملك من نصيبها النصف وهو الربع، واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنّما بقي له النصف الآخر من نصيبه وهو

---

(١) حكاه في التنقيح الرائع ٣/ ٢٣٩، والمسالك ٨/ ٢٥٥.
(٢) حكاه عنه في كشف اللثام ٧/ ٤٧٣، وانظر المبسوط ٤/ ٣٠٨.
(٣) رياض المسائل ١٢/ ٥٤.
(٤) سورة البقرة / ٢٣٧.
(٥) قواعد الأحكام: النكاح، تنصيف المهر ٣/ ٨٦.
(٦) مسالك الأفهام: النكاح، أحكام المهور ٨/ ٢٥٥.

الربع»(١).

وربّما احتمل أيضاً: التخيير بين بذل تمام النصف الباقي وعين نصفه مع بذل نصفه الآخر؛ دفعاً لضرر تبعّض الصفقة.

إلّا أنّ الجميع كما ترى: ضرورة عدم تأتّيها مع فرض بقاء النصف المشاع الذي هو مصداق ﴿نِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾. نعم، لو كان النصف الموهوب معيّناً لا مُشاعاً اتّجه ذلك، كما هو واضح.

وكذا لو خالعته على النصف؛ فإنّه إن قيّدته بالنصف الذي يبقى لها بعد الطلاق فلا كلام، وإن أطلقت انصرف إلى ما تملكه بعد الطلاق.

وعلى كلّ حال، إذا تمّ الخلع ملك الزوج تمام المهر، بل ربّما فرّق بينه وبين الهبة: بأنّه بذل على الطلاق المنصّف للمهر، فهو تمليك بعد الطلاق.

وللشافعيّة ـ كما قيل ـ وجه بالشيوع في نصفي النصيبين، ولا ريب في ضعفه، والله العالم»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة ـ كالفاضلين(٣) والشهيدين(٤) وغيرهم(٥) ـ أنّه لو أصدق المرأة عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً(٦).

(١) كشف اللثام: النكاح، تنصيف المهر ٤٧٣/٧.

(٢) الجواهر ٣٢/(١٨٥-١٨٣)، (٣١/(١٠٣ و ١٠٤)).

(٣) الشرائع ٢٧٤/٢، المسألة العاشرة، والإرشاد الأذهان ١٧/٢. نعم ذكره في القواعد ٨٦/٣ على أحد الاحتمالين.

(٤) اللمعة الدمشقية /١٩٧، والروضة البهية ٣٦٧/٥، والمسالك ٢٥٥/٨.

(٥) مثل فخرالمحقّقين في الإيضاح ٢٣٣/٣، والمحقّق السبزواري في الكفاية ٢٣١/٢، والسيّد الطباطبائي في الرياض ٥٤/١٢.

(٦) ذكره العلّامة في القواعد ٨٦/٣، والشهيد الثاني في المسالك ٢٥٥/٨، والروضة البهيّة ٣٦٨/٥.

وليس إلّا من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[1] وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لمّا كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مِثلاً للربع التالف من الزوج، ومساوياً؛ له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلّا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيميّة.

لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنّما علّلوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاةٍ لهذا المقام»[2].

وقال السيّد الخوئي: «وأمّا الطلاق فهو نظير ما نحن فيه، فإنّ الزوج بطلاقه قبل الدخول يملك نصف صداق المرأة بملكيّة جديدة، كما في البيع والشراء، غايته من دون رضا الزوجة، فإذا فرضنا أنّها قد أخرجت نصفه عن ملكها بمصالحة أو شراء ونحوه انتقل النصف الباقي إلى الزوج لا محالة»[3].

وقال السيّد المُرَوِّجُ: «لا يخفى أنّ الوجوه المحتملة ثبوتاً في النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ثلاثة:

أحدها: النصف الباقي بناءً على الإشاعة في العين لا في الحصتين، فإنّ النصف المشاع في العين ينطبق على النصف الباقي. فهذا النصف نفس حقّه كما أفتىٰ به الفقهاء، لا نصف حقّه، ونصفه الآخر ـ وهو ربع العين ـ بدل حقّه الفائت بالهبة كما هو مقتضىٰ الإشاعة بين الحصتين.

ثانيها: النصف من الباقي والتالف، وهو الذي حكاه المصنف‌ﷺ إحتمالاً عن جماعة.

ثالثها: النصف بنحو الكلّي في المعيّن، وهو يتعين بالمقدار الباقي، لا أنّه مقدار حقّه، بل هو نفس حقّه، بناءً على الكلّي في المعيّن، وعلى الإشاعة في العين، لا الإشاعة

---

(١) سورة البقرة /٢٣٧.

(٢) المكاسب ٣/٥٢٣ و ٥٢٤.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٥١٦.

بين الحصتين. وقد تقدم آنفاً أنّ الظاهر في مقام الإثبات هو الإشاعة في العين كما هو ظاهر فتوىٰ جماعة كالفاضلين والشهيدين وغيرهم‏ مع الغض عن تعليلهم لها ببقاء مقدار حقّه، إذ مع النظر إليه يحتمل كلّ من الإشاعة بين الحصتين والكلّي في المعين.

إذ على الأوّل [الإشاعة بين الحصتين] لمّا كان الربع التالف بالهبة مثل الربع الباقي في جميع الجهات ذهبوا إلى تعيُّن النصف الباقي، معلِّلين ذلك ببقاء مقدار حقّه، لا ببقاء نفس حقّه.

وعلى الثاني [الكلّي في المعين] يتعيّن حقُّه بالمقدار الباقي قهراً، كما في سائر موارد الكلّي في المعيّن مع تلف ما عدا المقدار الذي أُنشِأ عليه العقد كصاع من الصبرة إذا تلفت الصيعان إلّا واحداً. وهو المناسب للتعليل ببقاء مقدار حقّه.

والفرق بينه وبين المُشاع بين الحصتين هو: أنّ النصف الباقي مُتَعَيِّنٌ في حقيّته للزوج بناءً على الكلّي في المعيّن. بخلاف الإشاعة بَيْنَ الحصّتين، فإنّه لايتعيّن حقّ الزوج في النصف الباقي بناءً على هذا المبنىٰ، إذ يجوز للزوجة دفع قيمة الربع التالف بالهبة، ولايتعيّن عليها دفع نفس الربع الباقي، وإن كان أقرب إلى التالف من جميع الجهات.

وبالجملة: يدور حكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي ـ مع تعليله ببقاء مقدار حقّه ـ بين اَبتنائه على الإشاعة بين الحصتين والكلّي في المُعَيَّن. وعلى التقديرين يتحقق التنافي بين حكمهم في بيع نصف الدار بكون المبيع حصة البائع، وبين حكمهم بكون حصة الزوج النصف الباقي، لكونه بمقدار حقّه».(١)

أقول: يظهر من مقال السيّد المروج أنّه بناءً على الاحتمال الأوّل ـ أي الإشاعة في العين ـ يَتِمُّ تنظير الشيخ الأعظم‏ وعلى الاحتمالين الآخرين ـ أي الإشاعة في الحصتين والكلى في المعيّن ـ حيث إنّ الباقي يكون بمقدار حقّ الزوج لا عينه لم يتم تنظير الشيخ الأعظم ويكون الفرع منافيّاً لما ذكره كما أقرّ‏ به.

---

(١) هدى الطالب ٦/ ٣٠ و ٣١.

هذا تمام الكلام في هذا الفرع والحمد لله.

الفرع الثالث: الإقرارُ بالنصف في الشركة

يذكر الشيخ الأعظم[١] هذا الفرع بجهة المنافاة مع مقالته الأخيرة من موافقته المشهور في المسألة الأصلي ـ وهو لو باع مالك النصف نصف الدار ـ حيث ذهبوا إلى أنّ المالك باع نصفه المختص به، ولكنهم حكموا في هذا الفرع بأنّ المراد بصلح النصف هو النصف المُشاع وأمّا الفرع:

قال المحقّق: «ولو ادَّعى اْثنان داراً في يد ثالثٍ بسببٍ موجب لِلشِّرْكَة[٢] كالميراث فصدَّق المدَّعىٰ عليه أحدهما وصالحه على ذلك النصف بعوضٍ فإن كان بإذن صاحبه صحَّ الصلحُ في النصف أجمع وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صحّ في حقّه وهو الربع وبطل في حصة الشريك وهو الربع الآخر»[٣].

وقال العلّامة: «لو صالح المتشبِّث المصدِّق لأحد المُدَّعِيَيْنِ بسبب يوجب التشريك كالإرث على شيءٍ شاركه الآخر إن كان بإذنه وإلّا صحّ في الربع ولا شركة، ولو تغاير السبب صحّ الصلح في حصّته أجمع ولا شركة»[٤].

وقال المتتبع العاملي في شرح قول العلّامة في القواعد: «كما في المبسوط[٥] والشرائع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] وشرحه لولده وجامع المقاصد[١٠]

---

(١) المكاسب ٣/٥٢٤ قوله: «ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا...».

(٢) بكسر الشين وفتحها.

(٣) الشرائع ٢/١٠٠.

(٤) القواعد ٢/١٧٦.

(٥) المبسوط ٢/٢٩٣.

(٦) الشرائع ٢/١٠٠.

(٧) تذكرة الفقهاء ١٦/٩٦، مسألة ١٠٩٢.

(٨) تحرير الأحكام الشرعية ٣/١٥.

(٩) إرشاد الاذهان ١/٤٠٤.

(١٠) جامع المقاصد ٥/٤٣٣.

والمسالك[١] ومجمع البرهان[٢] والكفاية[٣]: وفي الأخير أنّه المشهور. وكأنّه أشار بذلك إلى ما ستسمعه عن المسالك[٤] وإلّا فلا خلاف في ذلك... وحاصل ما أراد المصنف [العلّامة في القواعد] والجماعة: أنّ المُدَّعِيَيْنِ اتّفقا على كون سبب ملكهما مقتضياً لِلشَّرِكة، فإقرار المتشبّث لأحدهما مقتضٍ لتشاركهما فيما أقرّ به وإن لم يصدّقهما على السبب الّذي ادّعيا به، لأنّهما متّفقان على أنّ البعض كالكلّ يستوي ملكهما فيه: فيمتنع استحقاق المقرّ له النصف دون الآخر، كما أنّ الفائت يكون ذاهباً عليهما. فاشتراكهما في المقرّ به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار، فلا يؤثّر فيه تخصيص المقرّ أحدهما بالملك.

وحينئذٍ فإذا صالح المقرّ له المتشبّث على النصف المقرّ به، فإن كان الصلح بإذن شريكه أو إجازته بعده صحّ في جميعه بجميع العوض، وإلّا ففي ربع المقرّ له بنصف ما صولح عليه، ويبطل في ربع شريكه»[٥]. هذا.

ولكن نقل الشيخ الأعظم[٦] عن سيّد مشايخه ـ وهو السيّد محمّد المجاهد في كتابه المناهل[٧] ـ اختيار اختصاص النصف المصالح عليه بالمقرّ له وهو المصالح فيصير هذا الفرع موافقاً لما اختاره الشيخ الأعظم لا منافيّاً له.

وللشهيد الثاني تفصيل في المقام وبعد توضيح مقال المشهور في المسالك قال: «وفيه بحثٌ، لأنّ هذا لا يتمّ إلّا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح، حتّى لو باع ابتداءً مالك

---

(١) المسالك ٤/٢٧١.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩/٣٤٧.

(٣) الكفاية ١/٦١٢.

(٤) المسالك ٤/٢٧١ و ٢٧٢.

(٥) مفتاح الكرامة ١٧/١٢٧ و ١٢٦.

(٦) المكاسب ٣/٥٢٥.

(٧) المناهل /٣٥٨.

النصف نصف العين مطلقاً إنصرف إلى نصيبه. ووجّهوه: بأنّ اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبته إلى النصفين إلّا أنّه من خارج قد ترجَّح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع، نظراً إلى أن إطلاق البيع إنّما يحمل على المتعارف في الاستعمال، وهو البيع الذي يترتّب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين، ولايجري ذلك إلّا في المملوك، بخلاف الإقرار فإنّه إخبار عن ملك الغير بشيءٍ، فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره، وحينئذٍ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرِّ له خاصّةً، فيصحّ في جميع الحصّة بجميع العوض، وتبقى المنازعة بين الآخر والمتشبّث.

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقاً، أو النصف الذي هو ملك المقرِّ له، أمّا لو وقع على النصف الذي أقرَّ به المتشبّث توجّه قول الجماعة، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، والصلح وقع على المقرِّ به، فيكون تابعاً له فيها، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم، لئلّا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها.

وهذا توجيهٌ حسنٌ لم ينبّهوا عليه، وإنّما ذكر الشهيد؟ في بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصّة المقرِّ له من غير مشاركة الآخر مطلقاً، وتبعه عليه الشيخ علي[١]؟»[٢].

ولذا قال الشيخ الأعظم عن هذا التفصيل ما نصه: «وفصّل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقرّ به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، وحكم بالاختصاص في الأوّلين؛ لاختصاص النصف وضعاً في الأوّل وانصرافاً في الثاني إلى النصف المختصّ»[٣].

واعترض المحقّق الأردبيلي على الشهيد الثاني في تفصيله وقال: «وفيه بحث أمّا أوّلاً: فلأنّ قول الجماعة ذلك إنّما هو في مالٍ مُشَخَّصٍ من غير نزاع للبائع والمصالح،

---

(١) جامع المقاصد ٥/٤٣٤.

(٢) المسالك ٤/٢٧١ و ٢٧٢.

(٣) المكاسب ٣/٥٢٥.

وفيما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصفٍ خالصٍ له، بل إنّما ثبت له بحسب الشرع الربع، لأنّ الفرض أنّ جميع ما ثبت له مشترك بينه وبين شريكه بحسب نفس الأمر، وحكم الشرع ظاهراً بإقرارهما، والظاهر أنّه لانزاع في أن المقرّ به مشترك بينهما، ويفهم من كلامه أيضاً فما صالح إلّا على ربعه وربع شريكه إذ ليس نصف المصالح عليه إلّا ذلك، ولايمكن له مصالحة النصف المخصوص به لما مرّ، ولما سيجيء وهو ظاهر.

وأمّا ثانياً: فإنّه على تقدير تسليم ذلك، هنا قرينة صريحة دالّة على أنّه ما اصطلح إلّا على النصف الذي أقرّ له المتشبّث، وما قصد المتشبّث والمقرّ له إلّا ذلك فينصرف إليه وإن كان مطلقاً أو مقيّداً بكونه الذي له (لأنّه الذي له ـ خ) بحسب الظاهر ورضي المقرّ له بالصلح عليه.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه لايحتاج هنا إلى بحث وتوجيه، فإنّ كلامهم ظاهر، بل صريح في أنّ المصالح عليه إنّما هو النصف المقرّ به، إذ لم يصالح المقرّ إلّا عليه وما ثبت بحسب ظاهر الشرع للشريك المصالح إلّا ذلك.

أمّا لو صرّح بأنّه إنّما صالح على نصفه الذي له في نفس الأمر غير المُشاع والمقر به، فإنْ كان المقرّ عالماً ورضي به يلزمه الإقرار بثلاثة أرباع العين، الربع للشريك، والنصف للمصالح.

وهذا بعيد، إذ هو منكر للنصف الآخر ويقول: أنْ ليس للآخر فيه شيء أصلاً، ولهذا ما توجّه الأصحاب إلى هذا الاحتمال وحكموا مطلقاً بما مرّ فالحكم كما قالوا، سواء قال: صالحتك على النصف المقرّ به، أو نصفي، أو أطلق، وينصرفان إلى الأوّل، لما مرّ إلّا أن يصرّح، وحينئذٍ لم يقع الصلح لعدم رضا الطرف الآخر وهو المقرّ، فتأمل.

ومنه علم أنه لو قال: أنّي قصدت مالي من غير إشاعة لا يسمع، فإنّ للمقرّ أن يقول: إنّي ما اشتريت إلّا ما أقررت به، وهذا مسموع منه.

وعلم أيضاً ان احتمال الشهيد الذي تبعه فيه الشيخ عليّ ليس بجيّد، بل المشهور هو الظاهر.

والعجب أنّ المتأخرين خصوصاً الشيخَ عليّاً[١] قليلاً ما يخرجون عنه مع ضعف دليله وقوّة دليل خلافه ويخرجون في مثل هذه المواضع، فكأنّ غرضهم مجرّد إبداء الاحتمال لا الفتوى به، وينبغي مراجعة كلامهم، وعلى تقدير الفتوى فالظاهر أنّه في المطلق أو «نصفي» لا الآخر»[٢].

ولخّص الشيخ الأعظم اعتراضه بقوله: «بأنّ هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به»[٣].

ثمّ قال في ختام مقاله: «وعلى كلِّ حال، فلا إشكال في أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرّداً عن حالٍ أو مقالٍ يقتضي صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه»[٤].

أقول: أنت ترى أنّ ثاني الشهيدين تبعاً للشهيد الأوّل والمحقّق الكركي حلّ المُنافاة بين بابَيِ البيع والصلح وأقام القاعدة التي بُنِيَ عليها الحمل على النصف البائع أو المصالح وذهب إلى أنّ الإشاعة سرت إلى هذا الفرع المذكور في كلام الفقهاء لأجل وجود الإقرار، لأنّ الإقرار يحمل على الإشاعة بظاهرها، فإذا الذي أقرّ به ذو اليد المتشبت هو الذي صالح عليه فيأتى الإشاعة من باب الإقرار فيه، لا من جهة الصلح فلا تنافي بين البابين وهذا البيان تامٌّ والحمد لله.

الفرع الرابع: حمل أقرار الشريكين على أنّ ثلث العين لفلانٍ على ثلث المشاع

قال الشيخ الأعظم: «لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلٍّ منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين»[٥].

هذا البيان يجرى في صورة تصديق الشريك إقرارَ شريكِه فيقسم المال ثَلاثَةَ أَسْهُمٍ

(١) ولكن في المصدر: «عليّ».
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٣٤٩/٩ و ٣٥٠.
(٣) المكاسب ٥٢٥/٣.
(٤) المكاسب ٥٢٥/٣.
(٥) المكاسب ٥٢٥/٣.

لكلٍّ واحد منهم ثلثه.

وأمّا في فرض تكذيب الشريك إقرار شريكه فلا يجرى التثليث في نصف الشريك المنكر ولكن يجري في حقّ المقرّ فينتقل ثلث ماله إلى المقرّ له وهذا نصف الثلث ـ أي السدس ـ فيبقىٰ نصف ثلث الآخر ـ أي السدس الآخر ـ وهذا الأخير بقاعدة كتاب الشركة في أنّ ما حصل حصل للشريكين وما توىٰ [أي تلف وهلك] توى عليهما، تلف عليهما فهما ـ أي المقرّ والمقرّ له ـ فيه شريكان فيتلف نصف السدس من مال المقرِّ ونصفه من مال المقرّ له، فيصير مال المقرِّ بينه وبين المقرّ له بالتنصيف.

مثلاً إذا فرضنا أنّ العين لها اَثْناعَشَرَ سهماً في فرض تصديق الشريك يصير العين بينهم أثلاثاً ولكلٍّ منهم أربعة أسهم.

وفي فرض تكذيبه ينتقل نصف الثلث ـ أي السدس ـ من المقرِّ إلى المقرّ له أي السهمان، وأمّا السدس الآخر فقد توى وتلف عليهما بالسوية فيذهب سهم منه من مال المقرّ له، وسهم منه من مال المقرّ ينتقل إلى المقرّ له فحينئذ لكلٍّ من المقرِّ والمقرِّ له ثلاثة أسهم وللشريك المكذِّب ستة أسهم. فنصيب المقرِّ ينصف بينه وبين المقرّ له.

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم[1] بدعوىٰ تنظير هذا الفرع بمسألة إقرار بعض الورثة بوارث آخر فيدفع إلى المقرّ له نصف الثلث ـ أي السدس ـ فقط لا أزيد منه وهو الربع.

بتقريب: الإشاعة في النصيبين تقتضي جعل سهم المقرّ له في جميع العين على نحو الإشاعة وتنزيل المقرّ به على ما في يد كلّ منهما وحيث أنّ أحد الشريكين ينفي شركته فلا يبقى له إلّا نصف الثلث وهو السدس في سهم المقرِّ ولا يحصل على نصف الثلث الآخر ـ وهو السدس ـ في مال المكذِّب لأنّ أقرار الشريك لا يسمع في ما في يد الغير.

ثمّ دفعها[2] بأنّ المقرِّ أقرّ بثلث العين للغير لا السدس الموجود في يده والسدس

---

(١) المكاسب ٥٢٦/٣ قوله‌قدس‌سره: «ودعوى: ...».

(٢) المكاسب ٥٢٦/٣ قوله‌قدس‌سره: «مدفوعة: ...».

الموجود في يد شريكه لورود الإشاعة في مسألتنا وعدم وجود الإفراز والتميّز فحينئذ بالنسبة إلى المقرّ والمقرّ له في ما توى يجرى قاعدة الشركة بأنّ ما توى بينهما بالسوية فلابدّ أن يعطي المقرّ إلى المقر له نصف ما في يده وهو ربع العين فتنظير مسألتنا بـإقرار بعض الورثة بوارث آخر غير تام ومع الفارق.

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «... إلّا أنّه لمّا لم يجبر المكذّب على دفع شيء ممّا في يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلّا على احتمالٍ ضعيف، وهو تعلّق الغصب بالمشاع وصحّة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحّض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكـنّه احـتمال مضعّف في محلّه وإن قال به أو مال إليه بعض ـ على ما حكي ـ للحرج أو السيرة»[1].

ويأتي تضعيف آخر من الشيخ الأعظم للميراث وعدم إعمال قاعدة الشركة فيه في الفرع الخامس فانتظر.

فتعرض الشيخ الأعظم لمسألتين أُخْرَيَيْنِ وبنى دفعها عليهما مع أنّـه فـي غـنى عنهما. لأنّ قضية التوارث غير قضية الشِّركة الإختياري وبنيهما فرق واضح وبون بعيد.

المسألة الأولى: هل يعتبر في غصب المال كونه مفروزاً مقسوماً أو يمكن غصب المال المشترك المشاع بين عدّة من المالكين؟

ذهب الأكثر[2] إلى إمكان غصب المال المشترك المشاع وقال في الجواهـر: «لا نجد فيه خلافاً محقّقاً»[3].

قال الشيخ في كتاب الشركة من المبسوط: «غصب المشاع يصحّ كما يصحّ غصب المقسوم وذلك أن يأخذ عبداً بين شريكين ويمنع أحد الشريكين من استخدامه ولا يمنع الآخر فيكون قد غصب حصّة الّذي منعه منه، وكذلك إذا كان شريكان في دار فـدخل غاصب إليها فأخرج أحدهما وقعد مع شريكه فيكون غـاصباً لحـصّة الشـريك الّـذي

---

(١) المكاسب ٣/٥٢٦.

(٢) كما قاله الشهيد الثاني في المسالك ١٢/١٥٢.

(٣) الجواهر ٣٨/٣٠ (٣٧/٢٣).

أخرجه.

فإذا ثبت هذا وحصل المال المشترك في يد الغاصب وأحد الشريكين ثمّ إنّهما باعا ذلك المال [و] مضى البيع في نصيب الشريك البائع ولايمضى بيع الغاصب كما يقول في تفريق الصفقة.

وكذلك إذا غصب أحد الشريكين من الآخر فباع الجميع بطل في نصيب شريكه ولا يبطل في نصيبه»[١].

وقال في غصبه: «... ولو انهجم[٢] [الغاصب] على دار غيره ولم يكن صاحبها فيها، كان غاصباً ضامناً، وإن كان صاحبها فيها ضمن نصفها، ولا يملك شيئاً منها، لأنّ يد صاحبها لم تَزُلْ عنها»[٣].

أقول: الظاهر إنّ هذا الفرع لا إشكال فيه من امكان غصب المال المشترك المشاع بل يقع كثيراً ما في الخارج ولذا قال الفاضل المامقاني: «اعلم إنّ امكان تعلق الغصب بالمشاع وتحققه في الخارج مما لا إشكال فيه، فلو كان الدار أو القرية أو نحوهما من العقار والأعيان مشتركة بين زيد وعَمْرٍوْ على سبيل الإشاعة فعمد الظالم إلى حصة زيد المُشاع من دون قصد منه إلى حصة عَمْرٍوْ من أجل المودة بينهما أو غير ذلك من الدواعي وَأَخَذَ يستوفي غَلَّة القرية ونحوها من دون توجيه التصرف إلى خصوص جزء معين من بين أجزائها تحقق غصب الحصة المُشاعة، بل قد يتحقّق غصبها بمجرد الاستيلاء عرفاً كما لو فرض أنّه لم يدخل القرية ولا الدار بنفسه وإنّما منع المالك للحصة وأمر أتباعه بالتصرف فيها واستيفاء منافعها، وبما ذكرناه من تعلّق الغصب بالمشاع صرح جماعة»[٤].

ثمّ ذكر كلمات عدّة من أعلام الطائفة في المقام فراجعها إن شئت.

---

(١) المسبوط ٢/٣٥٥.

(٢) كذا في المصدر والصَّوابُ: «هَجَمَ».

(٣) المبسوط ٣/٧٣.

(٤) غاية الآمال ٦/٢٨٥.

فلا يتم قولهﷺ: «إلّا على اَحْتِمالٍ ضَعِيْفٍ وهو تعلّق الغصب بالمشاع»(١). إلّا أنّ الاحتمال راجع إلى الفرع الآتي.

ولذا قال الفقيه السَّيِّدُ اليزدي في توضيح كلام الشيخ الأعظم ما نصه: «لا إشكال في أصل تعلّق الغصب بالمُشاع في الجملة، وإنَّما الإشكال في اَختصاص الغصب بحصة المغصوب منه، بيان ذلك أنَّ غصب المشاع يتصور على صُوَر:

إحداها: أنْ يسكن الغاصب مع المالك في الدار مثلاً على وجه يكون كلّ منهما متصرفاً فيها على وجه الشركة، كما في الشريكين المالكين.

الثانية: أنْ يشترك غاصبان في التصرف في الدار على وجه يكون كلّ منهما ذو يد عليها.

الثالثة: أنْ تكون دار بين شريكين ساكنين، فأخرج الغاصب أحدهما وقام مقامه على وجه يكون غرضه متعلقاً بغصب حصته.

أمّا الصورة الأولى: فلا ينبغي الاشكال في ضمان الغاصب للعين والمنفعة بالنسبة إلى النصف، نعم ناقش فيه المحقّق في الشرائع قال: «فإذا مكن الدار مالكها لم يضمن، وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد، مَنْشَؤُهُ عدم الاستقلال من دون المالك، وهو في عين محلّه، نعم لو كان الغاصب بحيث لم يقاوم المالك تمَّ ما ذكره»(٢).

لكنّه ليس مراده ذلك؛ لأنّه ذكره بعد ذلك وحكم فيه بعدم الضمان، وحيث إنَّ المفروض صدق اليد والاستقلال كما في سائر موارد الاشتراك في التصرف فلا ينبغي التأمل في ضمانه لنصف العين، بل يحتمل ضمانه للتمام إذا فرض استقلال كلّ منهما لو لا الآخر، فانّه يصدق أنَّ العين في يده كما أنّها في يد المالك، إلّا أنَّ يد المالك لا أثر لها، وكذا بالنسبة إلى جميع المنافع إلّا ما استوفاه المالك.

وأما الصورة الثانية: فيضمن كلّ منهما النصف المشاع عيناً ومنفعة، ويجري

(١) المكاسب ٣/٥٢٦.

(٢) شرائع الاسلام ٤/٧٦١.

الاحتمال الذي ذكرنا، ولازمه جواز رجوع المالك على أيّهما شاء كما في الأيدي المتعاقبة، إلّا إذا لم يكن أحدهما مستقلاً لو لا الآخر، بل كان هناك يد واحدة على الكلّ بالشركة، فانَّه حينئذٍ يتعيّن ضمان كلّ منهما للنصف.

وأما الثالثة: فلا إشكال في ضمان الغاصب أيضاً للنصف المُشاع، إلّا أنَّ الكلام في أنَّه هل يتعيّن كون ما بيده حصة للمغصوب منه، بأنْ لا يكون على الآخر متصرفاً في حصته وحصة شريكه، فيكون كلّ منهما ضامناً للربع بالنسبة إلى المغصوب منه، والغاصب ضامناً للربع الآخر أيضاً، وعلى الِاحتمال الذي ذكرنا يكون للمغصوب منه الرجوع على الغاصب بتمام حقّه، وعلى الآخر بنصفه، بل بتمامه أيضاً، وله الرجوع على الغاصب أيضاً بتمام حقّه.

التحقيق: هو الوجه الثاني؛ إذ تصرّف الشريك الغير المغصوب منه في المال المشترك لابدَّ أنْ يكون بإذن صاحبه، وليس[1] فيكون ضامناً من جهة إثبات يده وَتَصَرُّفِهِ في العين المشتركة، كما لو كان هو الغاصب، هذا.

ولكن حكي الوجه الأوّل عن الشيخ في المبسوط[2] والفاضل في التحرير[3]...»[4].

أقول: هذه المسألة مُبْتَنِيَةٌ على المسألة الثانية بحيث إن قلنا فيها على ما قاله خالنا الشيخ حسن تم قول المشهور هنا وإلّا لم يتم وصار الحقّ مع الشيخ الأعظم والفقيه السيّدِ اليزدي‌ﭭ بأنّ الغصب يتعلّق بالمُشاع في الصورة الثالثة من كلام الفقيه السيّد اليزدي‌ﷺ. والله العالم.

المسألة الثانية: هل تقسيم الغاصب والشريك العين المغصوبة من دون مراجعة المغصوب منه أو الحاكم الشرعي يصح بحيث يَكُوْنُ نافذاً في حقِّ الشريك أم لا؟

ذهب خالُنا الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاءﭭ إلى النفوذ لأنّه قال:

---

(١) هكذا في الأصل. والظاهر ان المراد: «وليس مأذوناً له فيكون ضامناً».

(٢) المبسوط ٣٥٥/٢.

(٣) التحرير ٢٧٤/١ من الطبعة الحجرية.

(٤) حاشية المكاسب ٣٤٧/٢ و ٣٤٨.

«ولو أراد غاصب غصب حصة الشريك فقط فلا يبعد جواز مقاصة الشريك الآخر مع الغاصب ولا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه وإن كان غائباً»[١].

وقال الفاضل المامقاني: «وحكى بعض مشايخنا أنّه سمع منه شفاهاً أنْ لا يبعد في كلام الفقيه فتوى هذه»[٢].

وحكاه عنه صاحب الجواهر في كتاب الشركة وردّ عليه: «لكنّه كما ترى وقد تقدّم[٣] لنا بحث في ذلك»[٤].

وحيث ضعّف صاحب الجواهر هذا الاحتمال قال الشيخ الأعظم: «لكنّه احتمال مضعّف في محلّه وإن قال به أو مال إليه بَعْضٌ ـ على ما حُكِيَ ـ للحرج أو السيرة»[٥].

وقال الفاضل المامقاني: «لم نجد من تعرّض لهذا الحكم سوى صاحب الجواهر وصاحب أنوار الفقاهة ولا مفتياً بالجواز سوى الأخير منهما ومن حكى عنه صاحب الجواهر، نعم قوّاه بعض من تأخر استناداً إلى تحقق السيرة فيما بين الناس من جهة شيوع غصب الأموال المشتركة خصوصاً في الوصايا والأثلاث المُوْصىٰ بها، فإنّهما كثيراً ما تؤخذ بغير حقّ، ومع ذلك لا تتحرز الورثة من أخذ مقدار حصتهم. هذا ولكنّك خبير بما في الاستناد إلى مثل هذا المستند الذي يتّجه المنع عليه موضوعاً وحكماً فافهم»[٦].

وأمّا مستند خالنا فَهُوَ قاعدة نفى الحرج والسيرة بتقريب:

١ـ أَنَّهُ كثيراً ما نرى غصب الغاصبين للأَمْلاكِ ٱلْمُشاعَةِ وحينئذ يكونُ مَنْعُ الشريك من التصرف في حصته حَرَجاً عليه وهذا المنع بقاعدة لا حرج مرفوع عنه فيجوز التقسيم

---

(١) أنوار الفقاهة/ مخطوطة ونقل عنها في غاية الآمال ٦/ ٢٨٩ (صفحة ٤١١ من الطبع الحجري).

(٢) غاية الآمال ٦/ ٢٩٠.

(٣) الجواهر ٢٣/ ٣٢٨ (٢٢/ ٢٠٢).

(٤) الجواهر ٢٧/ ٦٢٣ (٢٦/ ٣١٥).

(٥) المكاسب ٣/ ٥٢٧.

(٦) غاية الآمال ٦/ ٢٩٠.

مع الغاصب ويستقل الشريك بالحصة المفروزة له.

ويرد عليه: قاعدة نفي الحرج ينفي حرمة التقسيم مع الغاصب تكليفاً ولكن لا تَثْبُتُ صِحَّةُ التقسيم معه وضعاً بحيث لا يحتاج إلى مراجعة شريكه.

٢ـ السيرة المستمرة المُدَّعاة التي تكشف عن إمضاء عمل العرف بواسطة المعصومين(عليهم السلام).

ويرد عليه: أَنّهُ لم يحرز هذه السيرة واستمرارها بل يحتمل[1] الردع عنها بفتوى أكثر الفقهاء بل هُوَ ٱلْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ كما حُكِي.

ولكن يمكن الاِستناد له(قدس سره) بالسيرة العقلائية، لأنّ العقلاء إذا مارس أحدهم ـ من دون الشركاء ـ مع الغاصب وَتَمكَّنَ مِنِ ٱخْتِلاس سهامه منه لا يعطيه إلى شركائه، بل يقول لهم بأنّه نصيبي وسهامي وأنتم تذهبون وتمارسون مع الغاصب حتّى تأخذوا نصيبكم وسهامكم. هذه السيرة جارية ولم يردع عنها الشارع فهي ممضاة في الشريعة المقدسة.

ومع الإقرار بصحة التقسيم مع الغاصب يظهر بوضوح كيفيّة غصب المال المُشاع ـ أي المسألة الاولى ـ والحمد لله.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم[2] وجهاً آخَرَ لكون السدس الذي عند المنكر يُحسب على المقرّ له وَحْدَهُ، دون المقرِّ.

وحاصله: الغاصب المنكر الذي لا يدفع حقّ المقرّ له إليه قد غصب ماله بانيّاً على أنّه من المقرّ له دون المقرّ، لأنّ المفروض دفع المقرّ ما بيده من حقّ المقرّ له وأمّا المنكر يغصب حق المقرّ له لأنّه ذو اليد واليد أمارة ملكية عند الشارع فهو كـ«أنّما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له. فالشارع إنّما حسب السدس في يد المنكر على المقرّ له فلا يحسب منه على المقرّ شيء»[3].

---

(١) كما في هدى الطالب ٤٩/٦.

(٢) المكاسب ٥٢٧/٣ قوله(قدس سره): «نعم يمكن أن يقال...».

(٣) المكاسب ٥٢٧/٣.

ثمّ ذَكَرَ توهماً ودفعه[١]: **أمّا التوهم**: فإذا أخذ الغاصب جزءً معيناً من مال المشترك يحسب على كلا الشريكين مثلاً لا على واحد منهما، وفي المقام أيضاً السدس المغصوب يحسب على الشريكين المقرِّ والمقرّ له.

وأمّا دفعه: فإنّ الغاصب في المقام أخذ السدس بإذن الشارع مع اعتبار أمارة الملكية وهي اليد بخلاف ما ذكره المتوهم فإنّ الغاصب فيه أخذ من دون إذن من الشارع.

ثمّ أيّد[٢] التوهم بمسألة الإقرار بالنسب حيث إنّ الأصحاب ـ على ما نسبه إليهم في الإيضاح[٣] ـ قالوا: «إنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما في يده؛ نظراً إلى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورّث، فكلّ ما حصل كان لهما، وكلّ ما توى كان كذلك»[٤].

ثمّ ردّه[٥] بأنّ مسألة الاقرار بالنسب غير مسألة الاقرار بالشركة، في الأوّل ـ النسب ـ الحكم هو تحويل مازاد عن حصة المقرّ إلى المقرّ له ويأتي توضيحه في الفرع الآتي ـ وأمّا في الثاني ـ الشركة ـ الحكم هو ورود الربح والخسارة بنحو الإشاعة على الشركاء بنسبة حِصَصِهم.

الفرع الخامس: الإقرار بالنسب

غَرَضُ الشيخ الأعظم[٦] من ذكر هذا الفرع تضعيف ما مرّ من الإشكال في الشِّرْكَةِ من الإقرار بالنسب وأنّ المشهور من القدماء وإن ذهبوا إلى ما مرّ ولكن «صرح جماعة ممّن تأخر عنهم بمخالفته»[٧].

---

(١) المكاسب ٥٢٧/٣ قولهﷺ: «وليس هذا كأخذ...».

(٢) المكاسب ٥٢٧/٣ قولهﷺ: «والحاصل: أنّ أخذ...».

(٣) إيضاح الفوائد ٤٦٨/٢.

(٤) المكاسب ٥٢٧/٣.

(٥) المكاسب ٥٢٨/٣ قولهﷺ: «ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال...».

(٦) المكاسب ٥٢٨/٣.

(٧) المكاسب ٥٢٨/٣.

قال الكليني في باب الإقرار بوارث آخر: «قال الفضل بن شاذان:... وإن ترك ابنين فادّعىٰ أحدهما أخاً وأنكر الآخر، فإنّه يردّ هذا المقرُّ علىٰ الذي ادَّعاهُ ثلث ما في يديه»[١].

تابعه المشهور من الفقهاء في كتبهم «كما في السرائر[٢] والشرائع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والتلخيص[٦] [والقواعد][٧] وغيرها[٨]، بل في الخلاف[٩] والتذكرة[١٠] وظاهر السرائر[١١] والإيضاح[١٢] وجامع المقاصد[١٣] الإجماع عليه...»[١٤].

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم[١٥] نسبته إلى نصّ الأصحاب»[١٦].

ومستند المشهور عدة من الروايات:

---

(١) الكافي ٧٥٠/١٣ (١٦٧/٧).

(٢) السرائر ٣٠٨/٣ و ٣١٠.

(٣) الشرائع ١٥٧/٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٤٥٥/١٥ و ٤٥٦.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٤٣٢/٤.

(٦) تلخيص المرام /١٦٥.

(٧) القواعد ٤٤١/٢.

(٨) جامع المقاصد ٣٥٦/٩.

(٩) الخلاف ٣٧٩/٣، مسألة ٢٩.

(١٠) تذكرة الفقهاء ٤٥٥/١٥ و ٤٥٦.

(١١) السرائر ٣٠٨/٣ و ٣١٠.

(١٢) إيضاح الفوائد ٤٦٨/٢.

(١٣) جامع المقاصد ٣٥٦/٩.

(١٤) مفتاح الكرامة ٦٨٣/٢٢.

(١٥) إيضاح الفوائد ٤٦٨/٢.

(١٦) الجواهر ٣١٣/٣٦ (١٨٤/٣٥).

منها: خبر أبي‌البَخْتَرِي وَهْبِ بن وهب، عن جعفر بن محمّد، عن أبيهعليهما السلام قـال: قضى عليعليه السلام في رجل مات وترك ورثة فأقرّ أحد الورثة بدين على أبيه أنّه يلزم ذلك في حصّته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله كلّه، وإن أقرّ اثنان من الورثة وكانا عدلين أُجيز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين أُلزما في حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقرّ بعض الورثة بأخ أو أُخت إنّما يلزمه في حصّته.[١]

ومنها: بالإسناد قال: قال عليعليه السلام: من أقرّ لأخيه فهو شريك في المال ولا يثبت نسبه، فإن أقرّ اثنان فكذلك إلّا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم.[٢]

والروايتان كما ترى ضَعِيفَتانِ بأبي‌البَخْتَرِيّ وَهْبِ بْنِ وَهْبٍ وكان قاضياً عـامِيّاً كذّاباً إلّا أنّ له عن جعفر بن محمّدعليه السلام أحاديث كلّها يوثق بها كما قاله ابن الغضائري[٣]. مضافاً إلى جبران ضعفهما بعمل المشهور، فالمسألة واضحة المدرك عندنا.

ويمكن التمسك برواية صحيحة الإسناد بعد ثبوت اشترك حكم الاقرار بـالدَّيْنِ والوارث وهي صحيحة اسحاق بن عمار عن أبي عبداللهعليه السلام في رجل مات فأقـرّ بـعض ورثته لرجل بدين، قال: يلزم ذلك في حصّته.[٤]

وأمّا تصريح جماعة ممّن تأخر بمخالفة هذا الفرع لِلْقاعِدَةِ الماضية في الشِّرْكَةِ من أنّ ما حصل حصل للشركاء وما توىٰ توىٰ عليهم واحتمال جريانها في هذا لفرع كما عن المحقّق الثاني[٥] ولعلّه تبعاً للعلّامة في عتق التحرير[٦] وتابعهما ثـاني الشـهيدين فـي

---

(١) وسائل الشيعة ١٩/٣٢٥، ح٥، الباب ٢٦ من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/٣٢٦، ح٦.

(٣) رجال ابن الغضائري /١٠٠، رقم ١٥١، ولكن في المطبوعة «لا يوثق بها»، وفي مجمع الرجال ٦/١٩٨ كما ضبطناه وهو الصحيح.

(٤) وسائل الشيعة ١٩/٣٢٤، ح٣.

(٥) جامع المقاصد ٩/٣٥٦.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٤/١٩٦.

المسالك[١] وسبطه في نهاية المرام[٢]، وقواه المحقّق السبزواري في الكفاية[٣]، وسيّد الرياض قال: أنّه «لا يخلو عن قوة»[٤]. كما في المفتاح[٥]. وتابعهم السيّد الخوئي[٦]ﷺ.

فالمخالفة لا يُعْتَنىٰ بِها بعد وضوح مستند المشهور وتماميته والله العالم.

---

(١) المسالك ١٣١/١١.

(٢) نهاية المرام، كتاب الاقرار، مخطوط. نقل عنه صاحب مفتاح الكرامة ٦٨٧/٢٢.

(٣) الكفاية ٥١٠/٢.

(٤) رياض المسائل ١٦١/١٣؛ والشرح الصغير ٤٦/٣ له أيضاً.

(٥) مفتاح الكرامة ٦٨٧/٢٢.

(٦) التنقيح في شرح المكاسب ١٢٨/٢.

المسألة السادسة: بيع ما يملكه المسلم وما لا يملكه

ذكر الشيخُ الأعظمُ هذه المسألةَ اَسْتِطْراداً لأنّها خارِجَةٌ عَنْ مسائل بيع الفضولي.

وعدم تَمَلُّكِ المُسْلم له تارةً يكون لعدم قابليته ذاتاً للملك كالحُر، أو لم يكن مالاً كالخنافس، أو يعدّ مالاً عُرْفاً ـ لا شرعاً ـ كالخمر والخنزير، وأُخرى لم يكن قابلاً للملك لعارض ـ لا ذاتاً ـ كالوقف أو الحبس.

قال الشيخ الأعظم: «لو باع ما يقبل التملّك وما لا يقبله ـ كالخمر والخنزير ـ صفقةً بثمنٍ واحدٍ، صحّ في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعاً، كما عن الغنية»[١].

أقولُ: ورد الإجماع في كلام المحقّق الثاني أيضاً: «إلّا أن يقال: ذلك خرج بالإجماع»[٢].

وقال قبله جَدُّنا الشيخ محمّدتقي صاحب الهداية: «لو باع ما يملكه المسلم وما لا يملكه سواء كان ممّا لا يملك مطلقاً أو لم يكن قابلاً لملك المسلم كالحرّ والخمر والخنزير صحّ البيع فيما يملكه وبطل فيما لا يملك، على المعروف بين الأصحاب»[٣].

والسيّد العاملي[٤] في ذيل قول العلّامة في القواعد: «ولو ضمّ إلى المملوك حرّاً أو خمراً أو خنزيراً صحّ في المملوك وبطل في الباقي»[٥] قال: «كما في التذكرة[٦] ونهاية الإحكام[٧] والإرشاد[٨] والدروس[٩] واللمعة[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان[١٢]

---

(١) المكاسب ٥٣١/٣.

(٢) جامع المقاصد ٨٢/٤.

(٣) تبصرة الفقهاء ٣٧٥/٣.

(٤) معطوف على جدنا.

(٥) القاعدة ٢٠/٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام تبعّض الصفقة ١٠/١٢ و ١١.

(٧) نهاية الإحكام: في المعقود عليه ٤٧٩/٢.

وغيرها[١٣]. وقد نصّ على صحّته في المملوك وبطلانه في غيره في المبسوط[١٤] والوسيلة[١٥] والغنية[١٦] والسرائر[١٧] والشرائع[١٨] والنافع[١٩] والتحرير[٢٠]»[٢١].

أدلة صحة هذا البيع

١ـ صحيحة الصفّار

أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكّة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّي قد بعت فلاناً ـ يعني المشتري ـ جميع القرية التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنّما له بعض هذه القرية وقد أَقَرَّ له بكلّها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك.[٢٢]

---

(٨) إرشاد الأذهان: في المتعاقدين ١/٣٦٠.

(٩) الدروس الشرعية: في البيع ٣/١٩٦.

(١٠) اللمعة الدمشقية: في البيع /١١٠.

(١١) الروضة البهية: في المتعاقدين ٣/٢٤٠.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في المتعاقدين ٨/١٦٣.

(١٣) كرياض المسائل: في شروط المتعاقدين ٨/١٢٩.

(١٤) المبسوط: في أحكام تفريق الصفقة ٢/(١٤٤-١٤٥).

(١٥) الوسيلة: في بيان بيع تبعّض الصفقة /٢٤٧.

(١٦) غنية النزوع: في البيع /٢٣٠.

(١٧) السرائر: في البيوع ٢/(٢٧٥-٢٧٦).

(١٨) شرائع الإسلام: في عقد البيع وشروطه ٢/٩.

(١٩) المختصر النافع: في البيع وآدابه /١١٩.

(٢٠) تحرير الأحكام: في المتعاقدين ٢/٢٧٨.

(٢١) مفتاح الكرامة ١٢/٦٦٠ و ٦٦١.

(٢٢) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٩، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

بتقريب: إطلاق ما رقمه: «ما ليس يملك» يشمل ما لا يكون قابلاً للملك فتجرى الصحيحة في هذه المسألة.

وقد أُورد على هذا الاستدلال بأنّ:

الإطلاق فيها منصرف إلى بيع ماله مع ماله غيره لا مع ما لا يقبل التملك فهو دليل للمسألة الثالثة الماضية.

وذكر الشيخ الأعظم هذا الإيراد بقوله: «ودعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة»(١).

ووجه المنع في كلامه: أوّلاً: يمكن قِراءَةُ «لا يجوز بيع ما ليس يُمْلِكَ بصيغة المبني للمفعول (المجهول) فحينئذ دلالتها على هذه المسألة تكون أظهر وَتَرْتَفِعُ دعوى الانصراف.

وثانياً: حيث نعلم بوجود الوقف في كثير من الأراضي وإطلاق صحيحة الصفار يشمل فرض الوقف في قوله «لا يجوز بيع ما ليس يملك» والوقوف تدخل في ما لم يكن قابلاً للملك ـ ولو عارضاً ـ.

وغلبة وجود الملك على الوقف لا يصلح لتقييد الإطلاق.

ويمكن أن يناقش الاطلاق بعد قِراءَةِ صيغة يَمْلِكُ المبني للفاعل (المعلوم) بأنّها ظاهرة في مال الغير الذي لا يملكه البائع فلا إطلاق فيها.

ولكن قال المحقّق السيّد الخوئي بعد ذهابه إلى أنّ الصحيحة ظاهرة في بيع ما يَملك وما لا يَملك [المسألة الثالثة الماضية] قال: «وهو أمر آخر غير بيع ما يُملك وما لا يُملك إلّا أنّ قوله يجوز فيما يملك ولا يجوز فيما لا يملك يقتضي صحة تقسيم الانشاء الواحد إلى أمرين ويتعدّىٰ منه إلى المقام بتنقيح المناط وكيف كان فالبيع بالإضافة إلى ما يُملك صحيح هذا»(٢).

---

(١) المكاسب ٣/٥٣١.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٢.

٢ـ الأدلة العامة

ثمّ بعد جريان إطلاق صحيحة الصفار في المقام وإثبات الصغرى فلا مانع من التَّمَسُّكِ بالأدلة العامة وهي قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[١] وقوله تعالى: ﴿**أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾[٢] وقوله تعالى: ﴿**تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾[٣] وغيرها.

وأنت ترى أَنَّ هذا الدليل لم يستقل، ويحتاج إلى صحيحة الصفار في إثبات الصغرى لأنّ ما لم يتحقق مصداق العقد والبيع والتجارة فيه لاتجري الأدلة العامةُ فيه ومع جريان الصحيحة لا نحتاج إلى الأدلة العامة إلّا لِلتّأْيِيْدِ.

ولكن يمكن أن يقال: بأنّا نحرز الصغرى بالوجدان ـ لا بجريان الصحيحة ـ لأنّ البائع باع ما يقبل التملّك وما لا يقبله بالوجدان وعقد عليهما كذلك وتاجر بهما عن تراضٍ أيضاً فلا مانع من التمسك بالأدلة العامة ولابدّ من ورود نهي في المقام لاستفادة البطلان منه و ورد النهي بالنسبة إلى بيع ما لا يَملك في قول النبيﷺ: لا بيع إلّا في ما يَمْلك.[٤] وأمّا بيع ما يُملك فَهُوَ باقٍ تحت العمومات والإطلاقات.

والذي ذكرناه جاء موافقاً لنظر الشيخ الأعظمؒ حيث قال: «بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم في العقود»[٥].

موانع صحة بيع ما يُملك وما لا يُملك

الأوّل: البيع واحد

أنّ العقد الواقع واحد ومع وحدته لا يمكن الحكم بالصحة والفساد معاً لأنّه إنشاء واحد وعقد فارد فإمّا أن يحكم بالصحة في الجميع أو الفساد كذلك، فالحكم بالصحة في ما يُملك وبالفساد في ما لا يُملك مستحيل لأنّ الصفقة واحدة وعدم إمكان التبعّض فيها.

---

(١) سورة المائدة /١.

(٢) سورة البقرة /٢٧٥.

(٣) سورة النساء /٢٩.

(٤) راجع مصادر الرواية في الآراء الفقهية ٢٦٨/٥.

(٥) المكاسب ٥٣١/٣.

ويرد عليه: إذا بنينا إلى أنحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة حتّى إذا كان الإنشاء واحد والصفقة واحدة فلا بأس من تبعيض الصفقة والحكم بالصحة في ما يُملك وبالفساد في ما لا يُملك.

الثاني: قصد المجموع

قصد المتبايعان مجموع ما يُملك وما لا يُملك في مقابل مجموع الثمن، والعقود تابعة للقصود، والحكم بالصحة في خصوص ما يُملك خرق للقاعدة.

وبعبارة أُخرى: ما قصدا لم يقع وهو بيع المجموع في مقابل المجموع وما لم يقصدا وقع وهو بيع ما يُملك فقط في مقابل قسطه من الثمن.

ويرد عليه: قصد المتبايعان بيع كلّ واحد ممّا يُملك وما لا يُملك فهنا قصدان أو القصد الواحد الذي ينحل إلى قصدين لأنّ متعلَّق القصد الواحد كان بنحو تعدد المطلوب، غاية الأمر وقع البيع على ما يُملك بشرط انضمام ما لا يُملك، والحكم بالصحة في ما يُملك يستلزم تخلف الشرط دون خرق قاعدة العقود تابعة للقصود.

وبالجملة: بعد أنحلال العقد يرتفع المانع.

الثالث: جهالة الثمن

الجهالة في الثمن أو المثمن توجب بطلان البيع وفي المقام حيث أنّ الحكم بالصحة في ما يُملك يستلزم جهالة مقدار الثمن الذي في مقابله فلابد من الحكم بفساد العقد.

ونقل العلّامة في التذكرة[1] عن الشافعي[2] هذا المانع في وجه بطلان المعاملة.

ويرد عليه: الجهالة التي تستلزم بطلان المعاملة، هي التي تؤدّي إلى الغرر لأنّ النبيﷺ نهى عن بيع الغرر والجهالة في المقام ليست بتلك المثابة فلا تستلزم البطلان.

لا سيّما إذا تعيّن مقدار الثمن الذي وقع في مقابل ما يُملك بالطريقة التي تأتي لاحِقاً فلا جهالة في البين أصلاً.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١/١٢.

(٢) روضة الطالبين ٨٩/٣؛ العزيز في شرح الوجيز ١٤٠/٤؛ المجموع ٣٨١/٩.

إن قلت: الإجماع قائم على أنّ جهالة الثمن أو المثمن توجب بطلان المعاملة والجهالة هنا تجري فيأتى الحكم بالبطلان.

قلت: الإجماع دليل لُبّيٌّ يجب الاقتصار على القدر المتيقن منه عند الشك في جريانه والمتيقن من دلالته على البطلان هي الجهالة التي تسري إلى الثمن أو المثمن من ناحية غير الشارع، وأمّا إذا كانت الجهالة مستندة إليه فلا يجري الإجماع في المقام.

الرابع: فسادُ الجزء مفسدٌ لكلِّ العقد

القدماء قائلون بأنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد لأنّ المعاملة هي الالتزام المقيّد بالشرط، فإذا حكم الشارع بفساد الشرط يفسد العقد أيضاً لأنّ العقد المجرد عن ذلك الشرط لم يقع في الخارج حتّى تجري في حقّه الإطلاقات والعمومات فحينئذ العقد المشروط بالشرط الفاسد يفسد، ثمّ يتعدّون من ذلك إلى فساد الجزء أيضاً ويقولون بأنّ الجزء الفاسد يفسد المعاملة لأنّ مرجع فساد الجزء إلى فساد الشرط، لأنّه يرجع إلى اشتراط انضمام الجزء الفاسد فيوجب فساد العقد. فحكم الشرط والجزء واحد.

ويرد عليه: أوّلاً: يذهب المتأخرون إلى أنّ الشرط الفاسد ليس مفسداً للعقد، فقياس الجزء عليه لا يوجب فساد العقد.

وثانياً: النص والإجماع في هذا البيع قائمان على صحته وهذا يكفي في الفرق بين الجزء الفاسد والشرط الفاسد كما عليه الشيخ الأعظم(١).

وثالثاً: فساد الشرط إنّما يوجب فساد العقد ـ على القول به ـ «لأجل وحدة المطلوب وإدعاء أنّ الثمن يقع بإزاء المبيع المشروط بالشرط كالعبد بشرط الكتابة ومع فساد الشرط أو تخلفه لا يكون ذات المبيع ممّا وقع بإزائه الثمن، وهذا بخلاف المقام فإنّ الثمن لا يقع بتمامه بإزاء المملوك على كلِّ حال، بل إنّما وقع المملوك بإزاء بعض من الثمن وهو ما يخصه على تقدير التوزيع وهذا المقدار من الثمن الذي وقع بإزاء المملوك لا يختلف بانضمام الغير المملوك وعدمه ففساد البيع بالنسبة إلى غير المملوك لا يوجب

---

(١) المكاسب ٣/٥٣٢.

الاختلاف في ناحية المملوك لا من حيث المبيع ولا من حيث ثمنه فيبطل قياس فساد الجزء بفساد الشرط»[١].

والحاصل: بعد تمامية إطلاق صحيحة الصفّار وجريان الأدلة العامة في المقام ودفع الموانع الأربعة فلابدّ من القول بأنّ ما ذهب إليه المشهور ـ من صحة البيع في ما يُملك وفساده في ما لا يُملك ـ هو المختار، وهذا هو القول الأوّل في المقام.

القول الثاني: التفصيل بين صورتي علم المشتري وجهله بعدم المملوكية

والحكم بالبطلان في فرض علم المشتري، وبالصحة في فرض جهله، نَفى عنه العلّامة البعد من الصواب في تذكرة الفقهاء حيث يقول: «لو كان المشتري جاهلاً بأنّ المضموم ملك الغير أو حُرٌّ أو مكاتَب أو أُمّ ولد ثمّ ظهر له، فقد قلنا: إنّ البيع يصحّ فيما هو ملكه، ويبطل في الآخر إن لم يُجز المالك، ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء فيما يصحّ بيعه بقسطه من الثمن؛ لأنّه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الفسخ. ولو كان عالماً، صحّ البيع أيضاً ولا خيار له.

وقطع الشافعي بالبطلان فيما إذا كان عالماً، كما لو قال: بعتك عبدي بما يخصّه من الألف إذا وزّع عليه وعلى عبد فلان، وليس كذلك لو كان المضموم إلى العبد مكاتباً أو أُمَّ ولد؛ لأنّ المكاتب وأُمّ الولد يتقوّمان بالإتلاف، بخلاف الحُرّ المضموم إلى العبد.[٢]

وليس بعيداً عندي من الصواب البطلانُ فيما إذا علم المشتري حُرّيّة الآخر أو كونه ممّا لا ينتقل إليه بالبيع، كالمكاتَب وأُمّ الولد، والصحّة فيما إذا كان المضموم ملك الغير»[٣].

وقال الشهيد بعد نقل مقال العلّامة مختصراً: «... لأنّه في قوة بعتك عبدي بما يخصّه من الألف أو يوزّع عليه وعلى هذه الأُمور وهو مجهول وأخذ من عينه»[٤].

وقال سيّد المفتاح في توضيح عبارة الشهيد: «... هو مقيّد بجهل المشتري بعين

(١) المكاسب والبيع ٣٢٣/٢؛ وراجع منية الطالب ٢١٩/٢.

(٢) العزيز شرح الوجيز ١٤٠/٤؛ روضة الطالبين ٨٩/٣؛ المجموع ٣٨١/٩.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/١٢، مسألة ٥٥٣.

(٤) الحاشية النجارية /٢٢٤.

المبيع أو حكمه وإلّا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أنّ القصد إلى الممتنع كلا قصد...»[١].

وأشار المحقّق الكركي إلى قول الشهيد في تعليقه على تقسيط الثمن: «يلزم القائلين في الأوّل ـ أعني: مشتري المغصوب العالم بالغصب ـ بعدم الرجوع في الثمن عدم الرجوع هنا، وهو مدخول، إلّا أن يقال: ذلك خرج بالإجماع، وإطلاق المصنف التقسيط يقتضي الفرق بينه وبين ما هناك، وفي بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد طرد الحكم هنا، وهو بعيد»[٢].

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق الكركي رَأى قول الشهيد بعيداً.

وتبعهما ـ أي تبع العلّامة والشهيد ـ الشهيد الثاني وقال: «بقي في المسألة إشكال من وجهين:

أحدهما: أنّ المشتري لهذين الشيئين إن كان جاهلاً بما لا يملك توجّه ما ذكر، لقصده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران وزّع الثمن. أمّا إذا كان عالماً بفساد البيع فيما لا يملك أشكل صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط، لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنّه في قوة بعتك العبد بما يخصّه من الألف إذا وزّعت عليه وعلى شيء آخر، وهو باطل.

وقد نبّه على ذلك العلّامة في التذكرة، وقال: إنّ البطلان حينئذٍ ليس ببعيد من الصواب.[٣]

والثاني: أنّ هذا الحكم ـ أعني التوزيع ـ إنّما يتم أيضاً قبل إقباض المشتري الثمن، أو بعده مع جهله بالفساد. أمّا مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه، لتسليطه البائع عليه واباحته له، فيكون كما لو دفعه إلى بائع مال غيره، كالغاصب. وقد تقدم أنّ الأصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن، إمّا مطلقاً أو مع تلفه، فينبغي هنا مثله. إلّا أن يقال:

---

(١) مفتاح الكرامة ٦٦١/١٢.

(٢) جامع المقاصد ٨٢/٤.

(٣) التذكرة ١١/١٢.

ذلك خرج بالإجماع، وإلّا فالدليل قائم على خلافه، فيقتصر فيه على مورده. وهو حسن إن تمّ»[١].

واختصر قوله في الروضة وقال: «... وأمّا مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنّه في قوة بعتُك العبدَ بما يخصه من الألف إذا وُزِّعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن، أمّا مع جهله فقصده إلى شراء المجموع، ومعرفة مقدار ثمنه كاف، وإن لم يعلم مقدار ما يخصّ كلّ جزء.

ويمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك، ولا بعد في بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر، هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه باقية؛ أو كان جاهلاً، وإلّا جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع بالثمن»[٢].

وقال السيّد العاملي: «وقد قيّد ذلك بجهل المشتري في «حواشي الشهيد» وكذا في «كشف الرموز»[٣] و«التنقيح»[٤] وقد يظهر ذلك من الباقين أو يلوح منهم ما عدا المصنّف في «التذكرة» وستسمع كلامه. وعبارة «الإرشاد»[٥] محتملة للأمرين، ولعلّها فيما نحن فيه أظهر»[٦].

أقول: القائلون بهذا القول جماعة من الأصحاب ولعلّ أوّلهم العلّامة وتبعه الشهيدان والفاضلون الآبي والمقداد والنراقي، قال الأخير في المستند: «ثمّ المتّجه في محلّ النزاع: الفساد في صورتي علم البائع أو المشتري؛ لما ذكر»[٧].

---

(١) المسالك ٣/١٦٣ و ١٦٤.

(٢) الروضة البهية ٣/٢٤٠ و ٢٤١.

(٣) كشف الرموز: في البيع وآدابه ١/٤٤٦.

(٤) التنقيح الرائع: في البيع وآدابه ٢/٢٧.

(٥) إرشاد الأذهان: في المتعاقدين ١/٣٦٠.

(٦) مفتاح الكرامة ١٢/٦٦١.

(٧) مستند الشيعة ١٤/٣٠١.

وقال الجدّ الشيخ محمّدتقي صاحب الهداية﴿﴾: «وربّما يزاد الإشكال في المقام تارةً بأنّ البيع المذكور منهيّ عنه للنهي عن الأمور المتضمنة إلى ما يملكه من الحرّ والخمر والخنزير مثلاً، والمفروض اتحاد البيع المتعلّق بها، وهو قاضٍ بالفساد لتعلّقه بذات المعاملة حسبما فرض.

وأخرى بأنّه مع علم البائع أو المشتري بالحال يكون قد باع أو اشترى المجهول مع جهله بما يوجبه التقسيط؛ إذ هو في قوة أن يبيعه بما يخصّه من الثمن على تقدير توزيعه عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره. ولذا مال في التذكرة إلى الفساد حينئذ مع علم المشتري بالحال، وقال: إنّ البطلان حينئذ ليس ببعيد من الصواب.

ويدفع الأوّل أنّ النهي المذكور إنّما يقضي بالفساد من الجهة الّتي تعلّق به لذات المعاملة ولا ربط له بالشيء الّذي يجوز بيعه؛ إذ تعلّق النهي به حينئذ إنّما يكون تبعاً للآخر، فلا قاضي بفساد العقد من تلك الجهة، لا مانع من تبعّض مقتضى العقد حسبما مرّ.

والثاني أنّ المعتبر من العلم بالعوضين ما كان بالنسبة إلى جميع ما تعلّق به عليه العقد دون ما يصحّ العقد بالنسبة إليه وإن علم فساده حين العقد بالنسبة إلى البعض حسبما أشرنا إليه في المسألة المتقدمة»[1].

أدلة هذا التفصيل

الدليل الأوّل: إذا كان المشتري عالماً بعدم كون بعض المبيع ممّا لا يُملك، يفقد أحد شروط صحة البيع وهو العلم بمقدار الثمن في مقابل الجزء المملوك من المبيع فيصير البيع غرريّاً فيحكم ببطلانه.

ويردّ عليه: الجهل بمقدار الثمن الذي يوجب الغرر المفسد للبيع وهو الجهل بتمام الثمن، وأمّا لو كان الجهل بالنسبة إلى المقدار الذي يقابل ما يُملك فلا يكون ذلك غرريّاً، مضافاً إلى أنّ الجهل هنا يأتي من جانب حكم الشارع بالنسبة إلى بطلان ما لا يُملك. كما مرّ في الجواب عن المانع الثالث آنفاً.

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٥ و ٣٧٦.

الدليل الثاني: هذا البيع منهي عنه للنهي عن بيع ما لا يُملك والبيع واحد فقط ويتعلّق به النهي فيدلّ على فساده لتعلّقه بذات البيع.

ويرد عليه: قد مرّ قضية الانحلال في البيع الواحد، والنهي المذكور إنّما يدلّ على الفساد من الجهة التي تعلّق بها ـ لا لذات المعاملة ـ ففساد العقد بالنسبة إلى الجهة التي لا يتعلّق بها النهي بلا وجه بعد الانحلال كما مرّ هذا الجواب من جدّنا التقي[1] ﷺ.

وتبعه صاحب الجواهر وقال: «والنهي إنّما يفيد الفساد من الجهة التي تعلّق بها لا مطلقاً وفساد العقد بالنسبة إلى بعض متعلقاته ـ بمعنى عدم ترتّب الأثر عليها ـ لا ينافي صحته بالنسبة إلى البعض الآخر فيترتّب عليه الأثر»[2].

الدليل الثالث: في صورة علم المشتري بعدم مملوكية جزء المبيع يقع تمام الثمن في مقابل المملوك لأنّ في هذا الفرض قَصَدَ المشتريُ الممتنعَ فحينئذ قصده يكون لغواً وكلا قصد، ولأنّ المشتري سلّط البائع على الثمن في مقابل ما يُملكه.

وفي صورة جهل المشتري تكون المعاملة صحيحة بالنسبة إلى ما يُملك.

ويرد عليه: أوّلاً: انتقال تمام الثمن إلى البائع في فرض علم المشتري غير بطلان البيع وبينهما بون بعيد، الدليل يثبت انتقال تمام الثمن إلى البائع والمدعىٰ هو بطلان البيع والفرق بينهما واضح. ولذا قال الشيخ الأعظم: «مع أنّه لو تمّ ما ذُكر لا قتضىٰ صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان»[3].

وثانياً: علم المشتري بعدم مملوكيّة ما لا يُملك ـ في فرض وجوده ـ لا ينافي مع قصد النقل ولا يكون قصده كلا قصد ولا يكون ممتنعاً، لأنّ علمه هذا بإنّ بعض المبيع ممّا لا يُملك شرعاً يجمع مع قصد نقله إليه عرفاً وحقيقة عنده ولذا قال الشيخ الأعظم: «فإنّ هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة»[4].

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٥.

(٢) الجواهر ٢٣/٥١٤ (٢٢/٣٢٠).

(٣) المكاسب ٣/٥٣٢.

(٤) المكاسب ٣/٥٣٢.

القول الثالث: وهو مختار الاستاذ المحقّق ـ مدظله ـ

ذهب ـ مدظله ـ إلى أنّ فتوى المشهور ـ أصحاب القول الأوّل ـ مبنيّ على انحلال الصفقة ثمّ قال: ملاك الانحلال وعدمه أو الوحدة والتعدد هو وحدة الإبـراز والاعـتبار وتعددهما فقط «فإذا تمّت الصفقة من خلال إنشاء واحد وإبراز فارد، فلا مجال حـينئذٍ للحكم بانحلالها وتعدّدها، وما قاله بـعض المـحقّقين مـن أنّ وزان المـقام وزان العـام الانحلالي ممنوعٌ وقياس مع الفارق، لأنّ الحكم بانحلال قـوله «أكـرم كـلّ عـالم» إلى إكرامات متعدّدة برغم وحدة الإنشاء والإبراز، فإنّه مبنيٌّ لما يستفاد مـن ذات الدليـل، حيث يدلّ على تضمّنه للموضوعات المستقلّة التي يحتوي كلّ واحدٍ منهما على وجوب الإطاعة وحرمة المعصية المستقلّة عن الآخر، فبالضرورة لابدّ من انحلال الدليل، وهذا بخلاف المقام، فإنّ المتحقّق ليس إلّا بيع واحد وإنشاء فارد وإن تضمّن أمرين مختلفين في الماهيّة والحقيقية، وبالتالي يكون الحكم بانحلال الصفقة الواحدة المـنشأة بـإنشاء واحد حكماً بلا دليل. ولهذا السبب يُشكل الحكم بصحّة المعاملة بمقتضى القاعدة، بل القاعدة تقتضي التفصيل بحسب قصد المتعاملين:

فتارةٌ: يتعلّق قصد المُنشئ بيعهما معاً بشرط الانضمام، بأن يقصد أن يكون المبيع كلّ واحد من المتاعين، لكن بشرط أن يكون أحدهما منضمّاً إلى الآخر، فتصحّ المعاملة حينئذٍ مع ثبوت الخيار.

وأُخرى: يتعلّق قصد المُنشئ بذات البيع مقيّداً بالإنضمام، فتكون المعاملة باطلة.

وبالجملة: فإنّ هذه المسألة تضمّ ثلاث صور:

الصورة الأُولى: تارةً نحرز أنّ البائع قصد بإنشاءه بيع ما يُملك وما لا يُملك على نحو وحدة المطلوب، فتكون المعاملة باطلة.

الصورة الثانية: وأُخرى نحرز أنّ البائع قصد بـإنشاءه ذات البـيع، واعـتبر ضـمّ أحدهما إلى الآخر كمالاً مضافاً إلى أصل المعاملة، فالحكم حنيئذٍ هو صحّة العقد فـي خصوص ما يُملك.

الصورة الثالثة: عند الشكّ في قصده، فالقاعدة تقتضي جريان الأصل، لكنّه أصلٌ

غير نافع في المقام لمعارضته مع أصل آخر، وذلك لقيام العلم الإجمالي بأنّه إمّا باع مقيّداً أو مشروطاً، وأصالة عدم كلّ واحد منهما معارضٌ مع الآخر، وعند تعارضهما يتساقطان، ويصل الدور إلى الشكّ في تحقّق النقل من خلال هذه الصفقة وعدمه، ممّا يقتضي جريان استصحاب عدم النقل والانتقال، فتكون النتيجة عدم سببيّة المعاملة المذكورة. وهو مختارنا في المقام»(١).

ثمّ قال: «القول الثالث هو ما التزمنا به في المقام من التفصيل بين قصد المبيع بنحو وحدة المطلوب، ممّا يوجب بطلان العقد مطلقاً حتّى بالنسبة إلى ما يُملك، وبين قصد البيع بنحو تعدّد المطلوب، حيث يصحّ بالنسبة إلى المملوك مع ثبوت خيار الشرط، ومع الشكّ فيهما فالحكم هو البطلان»(٢).

أقول: ما ذكره الاستاذ المحقّق ـ مدظله ـ بالنسبة إلى الاحتمال المدرسي والعلمي تام لا يمكنا مناقشته ولكن الذي يسهّل الخطب أنّ المعاملات تحمل على العرفية منها والعرف لا يروون الفرق بين شرطية الانضمام وقيديته، وكذلك لا يروون الفرق بين وحدة المطلوب وتعدده، ولا يفهمون أنّ أنضمام أحدهما إلى الآخر ـ ما يُملك إلى ما لا يُملك ـ على نحو الكمال الذي يضاف إلى أصل المعاملة أو أنّه على وجه التقييد، فحينئذ العرف بنظره جمع بين المالين ـ عنده ـ في المعاملة الواحدة والشارع الأقدس أمضىٰ البيع بالنسبة إلى أحدهما ـ ما يُملك ـ دون الآخر ـ ما لا يُملك ـ كما عليه المشهور وقد مضى مستندهم وتماميته، فالمختار عندنا هو فتوى المشهور في المقام من دون أيّ تفصيل، سواء كان التفصيل بين جهل المشتري وعلمه ـ القول الثاني ـ أو بين وحدة المطلوب وتعدده ـ القول الثالث ـ والحمد لله العالم بأحكامه.

كيفية تقسيط الثمن

قد مرّت كيفية تقسيط الثمن في المسألة الثالثة وأنّ فيها ثلاث طرق والمختار

---

(١) العقد النضيد ٤/(١٥٢-١٥٠).

(٢) العقد النضيد ١٥٨/٤.

عندنا هو الطريق المشهور بأن يقوّم كل من الخلّ والخمر أو الشاة والخنزير أو العبد والحر منفرداً ثمّ يؤخذ نسبة قيمتهما إلى مجموع القيمتين، ثمّ يحاسب النسبة مع الثمن المسمى، مثلاً لو كانت قيمة الخلّ ألف دينار وقيمة الخمر تسعة آلاف يكون مجموعهما عشرة آلاف، فلو باعهما بخمسة آلاف تكون قيمة الخل خمسمأة دينار وقيمة الخمر خمسأة وأربعة آلاف دينار. أعني نسبة ١/١٠ و ٩/١٠ من الثمن المسمى.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «من أنّ العبرة بتقويم كلّ منهما منفرداً ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين»[١].

هذا كلّه إذا كان ما لا يُملك فيه اقتضاء المالية عرفاً كالخمر والخنزير أو كذلك ولكنّه مقترن عرفاً بالمانع كالحرّ فإنّه بنظر العرف مالٌ لكن الحرية مانعة عن ماليته فعلاً.

وأمّا إذا كان ممّا ليس فيه اقتضاء المالية عرفاً كالخنافس والديدان والجُعل ونحوها، فالظاهر بطلان المعاملة لأجل الجهل بمقدار ثمن ما يُملك حين المعاملة.[٢]

«وعلة البطلان: هي جهالة الثمن، حيث أنّ جزءً من الثمن واقع في مقابل شيء لا مالية له عرفاً أو شرعاً، وبالتالي يعدّ ما يبذل في مقابل المملوك مجهولاً ممّا يستلزم بطلان المعاملة»[٣].

أقول: اللهم إلّا أن يقال: بتصحيح المعاملة بالمصالحة بين الطرفين أو الرجوع إلى الأقل من القيم لأنّ الأصل بقاء مازاد منه على ملك صاحبه وقال الجدﷺ: «لا يبعد البناء على الأخير»[٤]، لكنّهﷺ ذهب إلى بطلان في هذا الفرض وقال: «لو كان ما لا يُملك ممّا لا قيمة له في العادة أصلاً كما لو باعه بعض الكثافات مع ما يملكه أو باعه الشمس أو القمر مع شيء مملوك أو باعه شخصاً من الجن أو الملائكة مع عبد له و نحو ذلك، فالظاهر فساد البيع؛ إذ لا يتعيّن شيء من الثمن بإزاء المملوك، و لا يمكن جعل الجميع بإزائه؛ إذ هو غير

---

(١) المكاسب ٣/٥٣٣.

(٢) كما عليه السيّد الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٤.

(٣) العقد النضيد ٤/١٥٩.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٧.

ما يقتضيه العقد ولم يقع العقد عليه»[١].

«ولو كان للانضمام مدخلية في تفاوت القيمة جرى فيه أيضاً ما مرّ»[٢] في المسألة الثالثة فلا نعيد.

طريق معرفة قيمة غير المملوك

قال العلّامة الجدّ الشيخ محمّدتقي صاحب الهداية: «ثمّ إنّهم ذكروا هنا في تقويم غير المملوك أنّه يقوم الحرّ على الوصف الّذي هو عليه لو كان رقّاً، ويرجع في الخمر والخنزير إلى قيمتهما عند مستحلّيهما، فيستعلم قيمتهما عندهم بما يثبت به القيمة في غير هذا المقام من شهادة عدلين مطّلعين على قيمته عندهم أو أخبار جماعة يعلم عادةً عدم تواطئهم على الكذب أو بأخبار بعضهم إذا انضمّ إليه من القرائن ما يفيد العلم بصدقه»[٣].

أقول: قال سيّد الرياض: «... لاشتراط عدالة المقوّم كما قالوه»[٤] اعتبار العدالة في المقوِّم مشكلٌ مطلقاً وفي المقام أشكل فلا بأس بالخبروية وإحراز عدم كذبه ولو بالقرائن العادية والعرفية وبما ذكرنا ظهر وجه الإشكال في كلام ثاني الشهيدين حيث يقول: «وأمّا الخمر والخنزير فيرجع فيهما إلى قيمتهما عند مستحلّيهما، لا بمعنى قبول قولهم في القيمة، لاشتراط عدالة المقوّم، بل يمكن فرضه في تقويم عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما، أو مطّلعين على قيمتهما عندهم، لكثرة المخالطة لهم وعدم احتشامهم فيهما. ولو قيل بقبول إخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم، أمكن»[٥].

مضافاً إلى أنّ دون الوصول إلى «عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما

---

(١) تبصرة الفقهاء ٣٧٨/٣؛ ثانيها.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٧٦/٣.

(٣) تبصرة الفقهاء ٣٧٦/٣.

(٤) رياض المسائل ٢٣٢/٨.

(٥) المسالك ١٦٣/٣.

أو مطّلعين على قيمتهما عندهم لكثرة المخالطة لهم»[١] خرط للقتاد.

وثالثة: اعتبار «الظن الغالب المقارب للعلم»[٢] في الموضوعات الصرفة، والتقويم منها محلّ منع وإشكال[٣]، اللهم لو قال الشهيد الثانيﷺ به في جميعها، مع ما فيه.

ورابعة: «الرجوع في قيمة الخمر والخنزير إلى مستحليه إنّما يتم إذا لم يكن مقوّماً عند فساق المسلمين، أمّا إذا كان مقوّماً عندهم جارياً في معاملاتهم كما هو الحال في الخمر في بعض البلدان فلا حاجة إلى الرجوع إليهم، بل لا وجه إذا اختلفت قيمته عندهم لما يقوم به عند الكفّار.

وكون ذلك ممّا لا قيمة له في الشريعة لايقضي بانتفاء القيمة العرفية، فإنّ المعاملات إنّما تجري على مجرى العادات. وكأنّ كلامهم في المقام محمول على الغالب، وإلّا فالمتّجه حينئذ الرجوع إلى قيمته عندهم؛ لابتناء العقد حينئذ على ذلك، فلا حاجة إلى الرجوع إلى غيرهم، بل لا وجه له مع اختلاف قيمته عندهم لما عندنا»[٤].

وخامسة: «ما ذكروه من تقويم الحرّ عبداً متّجه إذا بيع على أنّه رق فتبيّن حرّاً، وأمّا لو بيع على أنّه حرّ لم يتجه فرض كونه رقّاً... لأنْ يفرض في تقويمه ما ليس فيه.

إلّا أن يقال: إنّ التقويم مبنيّ على ذلك، إذ لا قيمة للحرّ فلولا فرضه رقّاً لم يقوم في العادة»[٥].

وسادسة: قال الفاضل النراقي في المستند: «ولا يخفى أن تقويم الخمر والخنزير عند مستحلّيهما إنّما هو عند علم المتبايعين بكونه خمراً أو خنزيراً، أمّا مع ظنّ كونهما خلّاً أو شاة فيقوّم مثله لو كان شاةً أو خلّاً على ما هو من الأوصاف، ويقع الإشكال فيما لم

---

(١) المسالك ٣/١٦٣.

(٢) المسالك ٣/١٦٣.

(٣) كما يظهر من العلّامة الجدّ في تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٦.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٨.

(٥) تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٧.

يكن اتّحاد الأوصاف»[١].

وكذلك قال العلّامة الجدّ ﷺ: «إنّ ما ذكر من تقويم الخمر والخنزير عند مستحلّيه إنّما يتمّ إذا بيع على أنّه خمر أو خنزير، وأمّا لو بيع الخمر على أنه خلّ مثلاً أو الخنزير على أنّه شاة أو بقر فالظاهر تقويم الخمر خلّاً والخنزير شاة أو بقراً؛ إذ الثمن إنّما بذل على ذلك، فلا وجه لتقويمه خمراً أو خنزيراً.

والظاهر أنّ المفروض في كلام الأصحاب هو الأوّل، ولذا اعتبروا القيمة على ما ذكروه»[٢].

وتعرض الشيخ الأعظم لهذا الاشكال وقال: «ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتهما إذا باع الخنزير بعنوان أنّها شاة، والخمر بعنوان أنّها خلّ فبان الخلاف بل جزم بعضٌ هنا بوجوب تقويهما قيمة الخلّ والشاة كالحرّ»[٣].

إلى هنا تمّ البحث حول مسائل بيع الفضولي وما يلحق بها وبه تمّ الجزء الثالث من قسم البيع من كتابنا «**الآراء الفقهية**» في ذكرى ليلة استشهاد الإمام محمّد بن علي بن الحسين باقرالعلوم ـ سلام الله عليهم أجمعين ـ السابع من ذي الحجة الحرام سنة ١٤٣٤ على يد مُؤَلِّفِهِ العبد **هادي النجفي** ببلدة إصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان.

والحمد لله أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيّدنا محمّد وآله الأئمة الهداة الطيبين الطاهرين المعصومين لا سيّما خاتمهم الإمام المنتظر الحجة الثاني عشر المهدي ـ عجل الله تعالى فرجه ـ.

---

(١) مستند الشيعة ١٤/٣٠٠.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٣٧٨.

(٣) المكاسب ٣/٥٣٤.

الفهرس

وَصْلٌ: القول في المُجاز / ١٠٣

وَصْلٌ: في أَحْكامِ الرَّدّ / ١٥١

وَصْلٌ: مسائل حول بيع الفضولي / ١٧١

وَصْلٌ: تعاقب الأيدي / ٢٤٣

وَصْلٌ: تتمة مسائل حول بيع الفضولي / ٣٢٧